

JUSTICIA YS GÉNERO SEXUALIDAD



REDALAS
Red Latinoamericana de
Académicos del Derecho



Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Centro de
Derechos Humanos

JUSTICIA, GÉNERO Y SEXUALIDAD

— * —

*Primer encuentro
académico – Santiago
de Chile 2009*

— Autores —

Alejandro Madrazo	Ximena Gauché
Lidia Casas	Chloé S. Georas
Sandra Dughman	Constanza Toro
Gabriela Robledo	Nicole Lacrampette
Adriana Palavecino	

©RED ALAS Y CENTRO DE DERECHOS HUMANOS - CDH

Primera edición, 2012

ISBN: 978-956-19-0771-3

Registro de Propiedad Intelectual No.: 217.793

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Autores: Alejandro Madrazo ... [et al]. ,

Compilado por: Marcela Sandoval

Diseño portada: Mario Cárdenas

Proyecto Editorial: Marcadiseño/Miguel Ángel

Tipografía: Karmina.

Se autoriza la libre copia, distribución y comunicación pública de esta obra bajo las condiciones de reconocimiento (debe citarse siempre la fuente) y su uso no comercial (no puede utilizarse este trabajo para fines comerciales). Se prohíbe su reproducción y/o transformación.

Índice

Nota de la edición | 6

Prólogo | 8

Alejandro Madrazo

Entre el derecho a decidir y el derecho a la procreación:
la pugna por la interpretación de los derechos reproductivos
en la Suprema Corte mexicana | 12

Lidia Casas

De la negación a la represión de la sexualidad
adolescente en Chile | 32

Sandra Dughman

Heteronormatividad, Mujeres Lesbianas y un Enfoque
Relacional a los Derechos | 55

Gabriela Robledo

El desafío de la Ciudadanía y la subjetividad
lésbica: avances y tensiones | 76

Adriana Palavecino

El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras | 90

Ximena Gauché

Una Mirada a la No Discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual desde los Desarrollos Internacionales de *Soft Law* | 113

Chloé S. Georas

Colonialidad, “Performance” y Género:
la Saga de Lorena Bobbit* | 134

Constanza Toro

Género y Corrupción. Reflexiones sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción | 159

Nicole Lacrampette

El Sistema de Comunicaciones Individuales ante el Comité CEDAW: tendencias jurisprudenciales y desafíos futuros. | 179

Hoja final | 199

Bibliografía | 200

Nota de la edición

Este libro es una compilación de trabajos que fueron seleccionados luego de su presentación en el primer encuentro académico sobre Justicia, Género y Sexualidad, realizado el 13 y 14 de julio de 2009. El encuentro que da paso a esta publicación fue organizado conjuntamente por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y la Red Latinoamericana de Académicos/as del Derecho (Red Alas). Reunió a investigadoras/es, abogadas/os, profesoras/es y estudiantes de derecho de universidades de 10 países latinoamericanos, Estados Unidos y España.

En la selección de textos que presenta este libro, sus autores/as someten a discusión interesantes debates emergentes en el campo del derecho, motivando un análisis crítico desde la perspectiva de género. Alejandro Madrazo analiza los argumentos jurídicos que tensionan la discusión sobre el derecho a decidir y el derecho a procrear, en el marco del proceso de despenalización del aborto en México DF. Lidia Casas revisa exhaustivamente las políticas públicas y leyes sobre la educación sexual en Chile y sus repercusiones en el acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva de las/os adolescentes. Hay un conjunto de trabajos pertenecientes a Sandra Dughman, Gabriela Robledo, Adriana Palavecino y Ximena Gauché, que dan cuenta desde distintas ópticas, sobre los problemas asociados a la heteronormatividad, sus implicancias en la ciudadanía de las mujeres lesbianas

y la adopción de medidas jurídicas que garanticen el derecho a la identidad de diversas identidades sexuales.

Por último, hay tres artículos que proponen revisiones a temas o estudios de la actualidad. Chloé S. Georas, analiza el caso de Lorena Bobbitt en Estados Unidos, recogiendo los discursos que predominan en los juicios culturales y normativos en torno al caso; Constanza Toro, reflexiona sobre las posibilidades de incorporar la perspectiva de género al campo de la lucha contra la corrupción, y Nicole Lacrampette, analiza la jurisprudencia del Comité CEDAW con el doble propósito de identificar los criterios utilizados en las decisiones de admisibilidad y los razonamientos que subyacen a las declaraciones de violación de derechos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación.

Los nueve artículos que esta publicación reúne, constituyen ejemplos de cómo desde la creación jurídica pueden abordarse la justicia, el género y la sexualidad.

Agradecimientos

En el trabajo de diseño y definición de contenidos del encuentro Justicia, Género y Sexualidad, quisiera agradecer la permanente colaboración del comité académico integrado por Helena Alviar, de la Universidad de los Andes de Colombia; Paola Bergallo, de la Universidad de San Andrés, Argentina; Verónica Undurraga, quien fuera directora del Programa Mujeres del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y Macarena Sáez, coordinadora de Red Alas.

Agradecimientos especiales a Nicole Lacrampette y Pascual Cortés, quienes en distintos períodos colaboraron como ayudantes del Programa Mujeres del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, y en específico, con este proyecto. También a Claudia Sarmiento, quien fuera investigadora de este centro y con quien hicimos la selección de los trabajos que integran este libro.

Marcela Sandoval

Prólogo

Tengo el agrado y honor de presentar el libro *Justicia, Género y Sexualidad* editado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (CDH).

Este libro es el resultado del trabajo de académicas y académicos del derecho en Latinoamérica sobre temas muchas veces olvidados por las facultades de derecho de la región. Fue precisamente la ausencia o falta de protagonismo de las categorías de género y sexualidad en la enseñanza del derecho la que llevó a un grupo de profesoras de derecho a formar la Red de Académicos Latinoamericanos ALAS en el año 2004 y a organizar espacios de discusión académica sobre temas relacionados con género y sexualidad. Uno de esos espacios fue abierto por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Red ALAS en el Encuentro sobre Género, Sexualidad y Derecho organizado en Santiago de Chile en julio del año 2009.

Durante dos días más de 100 académicos y profesionales del derecho discutieron sobre discriminación, género y reproducción de jerarquías, violencia, derechos humanos y sexualidades diversas. La conversación generada en ese espacio, se plasma hoy en *Género, Sexualidad y Derecho* con artículos escritos por profesores/as, investigadores/as y activistas de la región sobre temas tan variados como discriminación, violencia, corrupción,

ciudadanía, entre otros, pero que comparten una visión crítica de los sistemas jurídicos latinoamericanos y de sus cómplices mas cercanos: las facultades de derecho.

Lamentablemente la enseñanza del derecho en Latinoamérica ha abierto pocos espacios para el análisis crítico del derecho, contribuyendo a una marcada desconexión entre el derecho que se estudia y el derecho que se vive. A partir de los años ochenta surgen en la región grupos que han hecho invaluable aportes en distintos países para derribar las barreras que mantienen a las mujeres en una situación de desventaja tanto en los espacios públicos como privados. Lentamente han ido surgiendo además organizaciones que se han dedicado a visibilizar a las personas de sexualidades diversas y a mostrar la abierta discriminación o incluso realidad paralela en la que viven.

El trabajo de la sociedad civil ha sido esencial para, por ejemplo, que se reconozcan formalmente algunos tipos de daño que afectan especialmente a las mujeres. En este sentido es necesario destacar el trabajo al interior de ciertas comisiones de verdad y reconciliación por identificar la violencia sexual contra mujeres como instrumento específico de tortura, y destacar el surgimiento de legislación sobre violencia doméstica o intrafamiliar.

Lamentablemente, en el análisis crítico del derecho quienes han estado más ausentes han sido las facultades de derecho. Esta es una ausencia grave porque allí donde la sociedad civil está llamada a actuar con rapidez, a tener una agenda específica, la academia está llamada a analizar el derecho, a estudiar lo que funciona y lo que no funciona y a tener como agenda central un compromiso con la razón y la justicia. Este compromiso, sin embargo, se ha usado como excusa para no mezclar la realidad con el derecho.

Estudiamos derecho penal sin detenernos un minuto siquiera a analizar qué hace que la violación sexual sea diferente a un delito de lesiones. En algunos países latinoamericanos estudiamos sin análisis alguno la sanción a la violación sexual conyugal como figura penal de menor punibilidad que la violación sexual perpetrada por una persona diferente al cónyuge. Estudiamos

derecho constitucional sin detenernos un minuto a pensar si el derecho a la privacidad de un hombre gay recibe la misma protección legal que el de un hombre heterosexual; o si se reconoce el mismo grado de privacidad a una mujer embarazada que a un hombre o a una mujer que ha hecho una transacción financiera. Estudiamos la propiedad sin detenernos a pensar si el derecho estará contribuyendo de alguna manera a que las mujeres sean dueñas de menos del 1% de la propiedad en el mundo.

El derecho se estudia mayoritariamente, partiendo de la premisa que funciona, y que funciona igual para todos.

La academia no es el lugar para que estén todos de acuerdo en despenalizar el aborto, ni en tipificar el femicidio, ni en eliminar el requisito de diversidad de sexos en el matrimonio. Pero es sin duda el lugar donde se deben enfrentar estos temas. Las salas de clases deben dar cuenta de las consecuencias del derecho en la vida de las personas y los profesores de derecho deben mostrar a sus alumnos como se vive el derecho por distintos individuos. No solo las escuelas de derecho se han negado a discutir la realidad, sino que, en muchos casos, han marginado a los profesores comprometidos con mostrar el derecho desde su práctica, desde su percepción por los usuarios del derecho. Quienes hoy egresan de las escuelas de derecho serán quienes mañana decidan si ser lesbiana y ser madre son condiciones incompatibles o no. Serán los que decidirán si ser prostituta y ser víctima de violación son condiciones incompatibles o no; serán los que argumentarán frente a una jueza que la ley de violencia intrafamiliar se debe aplicar a parejas del mismo sexo; serán los que presenten un proyecto de ley para despenalizar el aborto. Si nunca se enfrentaron a estos temas en las escuelas de derecho, es probable que eviten enfrentarse a ellos o no los vean si quiera como un problema, una vez que egresen.

El objetivo de *Género, Justicia y Sexualidad* es precisamente discutir temas que han estado ausentes de las salas de clases y comenzar a acercar a las facultades de derecho hacia una nueva mirada de lo que debe ser la academia legal.

A nombre de Red ALAS aprovecho la oportunidad para agradecer el trabajo que el CDH realizó en la organización y coordinación del Primer Encuentro Académico de Justicia, Género y Sexualidad y en la compilación y edición de *Justicia, Género y Sexualidad*. Nuestros especiales agradecimientos a Nelly Berenguer, jefa de Administración del CDH, por el apoyo técnico en todas las gestiones logísticas y administrativas del evento; a Verónica Undurraga, quien desde de la dirección del Programa Mujeres de este centro, apoyó los aspectos académicos del proyecto y a Marcela Sandoval, investigadora del CDH que tuvo a su cargo la coordinación del encuentro y la edición de la publicación. Asimismo, agradecemos a las/os autoras/es de los artículos aquí publicados por la actualización que hicieron de los mismos, a OXFAM por su contribución financiera al encuentro y a la Fundación Ford por su constante apoyo a la Red ALAS.

Macarena Sáez Torres
Coordinadora Red ALAS

Entre el derecho a decidir y el derecho a la procreación: la pugna por la interpretación de los derechos reproductivos en la Suprema Corte mexicana*

Alejandro Madrazo Lajous

Doctor en Derecho por la Universidad de Yale (2006). Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores y actualmente se desempeña como profesor investigador titular de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Se ha desempeñado en litigios de alto interés público ante la Corte Suprema de México, y se ha involucrado en importantes casos relativos al derecho de las telecomunicaciones, el control del tabaco, los matrimonios entre personas del mismo sexo y la despenalización del aborto. Ha publicado en México y el extranjero sobre temas que van desde la educación legal y la cultura jurídica en México, la influencia de la teología sobre la metodología jurídica, el control del tabaco, derechos sexuales y reproductivos, libertad de expresión y derecho electoral, y, más recientemente, política de drogas.

Resumen

El artículo 4º de la Constitución mexicana es fuente de interpretaciones diversas que hasta hoy compiten por imponerse. Por una parte, el precepto sirve como fundamento al “derecho a la procreación”, que es un derecho individual oponible al Estado consistente en impedir que éste *obligue* a alguien a la procreación. Se compone de dos *facetas*, la primera, de la *libertad sexual*, que se *presume* se ejerce “positivamente” con la *finalidad específica y determinada* de procrear, y la segunda *de responsabilidad*, en donde

* Una versión más extensa de este trabajo fue presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, edición 2009, en Asunción, Paraguay. La presente versión fue adaptada para el Encuentro Académico Latinoamericano de Justicia, Género y Sexualidad. Lo que aquí se presenta es una versión abreviada y revisada, con algunos cambios sustantivos, de la ponencia original que ya ha sido publicada en las memorias del SELA 2009.

el *derecho* es reducido a una protección frente a terceros de que la gestación no sea interrumpida. De este derecho surgen *obligaciones* a cargo de los “progenitores”; la de la mujer de llevar a término su embarazo y la condición de que su ejercicio sea responsable e informado. En segundo término se encuentra la interpretación del precepto acogida por la Suprema Corte, como consagración de un “**derecho a decidir**”, con menor elaboración conceptual. Importa la defensa de la igualdad substantiva entre hombres y mujeres, la mínima intervención del Estado en la reproducción, el carácter personalísimo del derecho, y la autodeterminación de la maternidad como un derecho específico de las mujeres.

“Entonces, en mi ánimo personal, al hacer esta ponderación de intereses, tomo muy en cuenta, que no hay imposición de embarazos, sino en todo caso, ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer.”

“El derecho a la vida está protegido por la Constitución expresamente y no así el derecho de la mujer a decidir unilateralmente sobre su cuerpo; (...) no existe disposición constitucional que expresamente reconozca la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo; no desconozco la existencia de ese derecho pero no tiene rango constitucional entre nosotros.”

MINISTRO PRESIDENTE GUILLERMO I. ORTÍZ MAYAGOITIA
SESIÓN EXTRAORDINARIA VESPERTINA DEL 27 DE AGOSTO DE 2008.

“¿Qué entonces hay que afectar los derechos de las mujeres? Afectarlos ligeramente.”

MINISTRO MARIANO AZUELA GÜITRÓN
SESIÓN EXTRAORDINARIA VESPERTINA DEL 27 DE AGOSTO DE 2008.

“Quizás sea cierto que el embarazo sea una especie de esclavitud, ¿pero acaso no todos somos productos de un embarazo?”

VOTO DE MINORÍA SUSCRITO POR LOS MINISTROS SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO, MARIANO AZUELA GÜITRÓN, Y GUILLERMO ORTÍZ MAYAGOITIA
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007.

Introducción

El derecho a decidir está consagrado textualmente en la Constitución Mexicana. El artículo 4º constitucional, en su párrafo segundo establece que:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

Es difícil imaginar un texto constitucional que consagre el derecho a decidir en forma más explícita. En menos de una década, la Suprema Corte mexicana ha fallado en dos ocasiones sobre la liberalización de la interrupción legal del embarazo.¹ En ambas ocasiones ha sostenido su constitucionalidad, pero no ha sustentado su pronunciamiento apoyándose en el pasaje citado del artículo 4º constitucional. En ambas ocasiones, se ha enfocado más en aspectos técnicos sobre la construcción del derecho penal que en aspectos sustantivos sobre el derecho a decidir de las mujeres.

En el caso² fallado en agosto de 2008 –del que me ocuparé en este artículo– tanto las partes como algunos de los Ministros abordaron la cuestión sobre el contenido y extensión del derecho consagrado en el artículo 4º constitucional.³ El juicio se caracterizó por poner en evidencia una enorme discrepancia entre las interpretaciones que se ofrecieron del texto constitucional. A pesar de la polémica que se presentó entre las partes y que se retomó en varias de las intervenciones de los Ministros durante la

1 Acción de inconstitucionalidad 10/2000, fallada en enero de 2002; y acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 fallada en agosto de 2008.

2 Las reformas impugnadas modificaron el Código Penal del Distrito Federal y la Ley de Salud del Distrito Federal despenalizando el aborto voluntario durante el primer trimestre y estableciendo el servicio gratuito de interrupción legal del embarazo a las mujeres que lo soliciten. Gaceta Oficial del Distrito Federal, «Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de salud para el Distrito Federal,» 26 de abril de 2007: 2-3.

3 A fin de ser transparente, debo señalar que representé a una de las partes en litigio -la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF)- ante la Suprema Corte (técnicamente, fungí como “delegado” de la ALDF) durante su tramitación.

deliberación, en el fallo publicado no existió un pronunciamiento claro sobre la interpretación correcta del artículo cuarto.⁴

Adelantándome un poco, mi impresión es que quienes están a favor de penalizar el aborto –en la Suprema Corte y fuera de ella– están haciendo un esfuerzo, medianamente consciente y sostenido –más no necesariamente exitoso– por articular una interpretación sustantiva del contenido normativo específico del texto constitucional que habla sobre la libertad reproductiva. En contraste, quienes estamos en contra de la penalización de las mujeres que deciden interrumpir sus embarazos no hemos logrado articular un concepto claro de los derechos reproductivos que emanan del pasaje constitucional en cuestión. En consecuencia, este artículo es un ejercicio de autocrítica, al menos en la misma medida en la que es un ejercicio de crítica a la posición antagónica.

El objetivo de este artículo es identificar, analizar y esbozar las interpretaciones del texto del artículo 4º constitucional citado que hasta hoy compiten por imponerse, por más embrionarias que sean. Mi esperanza es que este ejercicio sirva para: i) alertar a quienes en México trabajamos en la materia, acerca de la importancia de abordar la discusión sustantiva sobre los derechos reproductivos a nivel constitucional; y ii) presentar, a quienes trabajan el tema fuera de México, una perspectiva sobre la situación que guarda la interpretación constitucional de los derechos

4 A partir del fallo de la Corte en agosto del 2008, 16 (de 31) Estados modificaron su Constitución a fin de introducir el derecho a la vida desde la concepción, generando así una tensión entre el derecho a decidir de las mujeres y el derecho a la vida del óvulo fecundado. Al respecto, ver, Esefanía Vela Barba, *Current abortion regulation in Mexico*, Documento de Trabajo, División de Estudios Jurídicos, CIDE [http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTE\]%2050.pdf](http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTE]%2050.pdf) [consulta 28 de octubre de 2011]. De las 16 reformas, 5 han sido impugnadas directamente ante la Suprema Corte: dos (Baja California y San Luis Potosí) mediante acción de inconstitucionalidad y tres más, mediante controversia constitucional interpuesta por algún municipio del estado correspondiente (Guanajuato, Querétaro y Oaxaca). La Suprema Corte no ha decidido aún estos casos. Sin embargo, el 22 de septiembre de 2010, la Segunda Sala de la Suprema Corte desechó tres amparos interpuestos en contra de estas reformas que habían sido atraídos por la Corte, argumentando que las mujeres quejosas no contaban con legitimación activa para impugnar la reforma. En consecuencia, es posible que en poco tiempo la Suprema Corte se vea obligada a retomar la discusión sobre la debida interpretación del derecho contenido en el artículo cuarto constitucional.

reproductivos en el contexto mexicano actual. Lo anterior con dos propósitos: primero, porque tanto la legislación del Distrito Federal como el fallo de la Suprema Corte se han convertido en un referente regional en la materia, y es importante entender las limitaciones de lo logrado en México y no sobredimensionarlo; segundo, porque mi impresión es que la ausencia de una propuesta sustantiva sobre los derechos reproductivos plasmados en el texto constitucional se explica en parte por la falta de debate en la academia jurídica mexicana sobre el tema. Resulta fundamental que ésta se inserte en una conversación más amplia, en especial con el resto de la región latinoamericana, para que nos retroalimente en este esfuerzo.

El artículo se divide en 2 secciones. La primera sección pretende identificar y analizar la versión de los derechos reproductivos de las mujeres que durante el reciente caso sobre la despenalización del aborto ofrecieron quienes pretenden penalizar a las mujeres que abortan, dentro y fuera de la Corte. Esta versión fue denominada por sus proponentes como el “derecho a la procreación”. La segunda sección busca identificar y analizar lo que el debate ha ofrecido como alternativa al “derecho a la procreación”, dentro y fuera de la Corte, que denominaré “derecho a decidir”.

El derecho a la procreación

Las dos autoridades que interpusieron acciones de inconstitucionalidad en contra de la despenalización de la interrupción del embarazo en el Distrito Federal —la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR) y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante, PCNDH)— ofrecen interpretaciones convergentes del segundo párrafo del artículo 4º constitucional. En forma consistente, ambas se refieren al derecho constitucional establecido en ese pasaje como “derecho de procreación” o “derecho a la procreación”.⁵

5 El presidente de la CNDH también lo refiere como “derecho a la reproducción humana”. Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por José Luis Soberanes

Como se explica en las páginas que siguen, el derecho a la procreación es un derecho muy distinto al “derecho a decidir”, aunque sea exactamente el mismo texto constitucional que les sirva de fundamento. En esta sección intentaré reconstruir el concepto del “derecho a la procreación” que se perfila tanto de las demandas presentadas por la PGR y el PCNDH, como del voto minoritario de los tres Ministros que apoyaron sus peticiones. A fin de minimizar el riesgo de que mi posición personal (adversa, por decir lo menos, a las propuestas que aquí se analizan) tergiverse el “derecho a la procreación” que nos ofrecen PGR y CNDH, y que complementan los ministros disidentes, me permitiré citar sus textos *in extenso*.

Facetas y fines

Fue el Presidente de la CNDH quién, en su demanda, elaboró con mayor detalle el “derecho a la procreación”. Para él, el “derecho a la procreación” es, en primer lugar, un derecho individual oponible al Estado que consiste en impedir que el Estado *obligue* a alguien a la procreación:

El derecho a la procreación es, ciertamente, un derecho individual sobre todo bajo la consideración que a nadie puede obligársele a procrear.⁶

¿A qué se refiere el Presidente de la CNDH por “procreación”? Aunque es equívoco en su uso del término “procreación” —pues nunca es suficientemente explícito como para determinar si por procreación se refiere al coito o la fecundación exitosa del óvulo— queda claro que se refiere a un momento específico, que se agota al ocurrir.⁷ Veamos qué nos dice en su demanda el Presidente de la CNDH sobre el derecho a la procreación:

Fernández, presidente de la CNDH, p. 29 visible en www.cndh.org.mx/lacndh/accionesIncontit/derechoVida.pdf (en adelante, Demanda PCNDH).

6 Demanda PCNDH, pág. 32.

7 Existe una ambigüedad persistente en la totalidad de la demanda, ya nunca se aclara si la “procreación” se refiere al acto sexual o a la fecundación.

...hay que reconocer que este derecho individual es de ejercicio conjunto o en pareja, pues uno solo, por más que se quiera, no puede procrear. [...]

Así, ejercido el derecho a la procreación (...) éste debe considerarse siempre en sentido positivo, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse, lo que es contradictorio. [...] No se ejerce la libertad sexual –en su faceta de procreación– para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona. Ejercido el derecho, entonces, las normas actúan como consecuencia de la procreación, estableciendo derechos y obligaciones, tanto para los progenitores como para el Estado.”⁸

El derecho a la procreación otorga una *libertad* a las personas que les permite optar entre tener relaciones sexuales o no tenerlas. Ejercido este derecho –sostenidas las relaciones sexuales– el “derecho a la procreación” deja de ser una libertad y se bifurca: por una parte, otorga un derecho de *protección* –oponible al Estado– para que no se impida llevar el embarazo a término; por la otra, se transforma en un conjunto de *obligaciones* a cargo de “los progenitores”. ¿Cuáles son estas obligaciones? La demanda del PCNDH no lo especifica, pero sin lugar a dudas una de ellas –exclusiva a la mujer– es llevar el embarazo a término. La libertad reproductiva queda así reducida a la libertad sexual en su sentido más estrecho: nadie puede ser obligado a sostener coito⁹ contra su voluntad.

En cuanto a la autonomía de la mujer en relación con su propio cuerpo, después del “ejercicio” del “derecho de procreación”, el PCNDH nos dice que “no vemos por ningún lado que el derecho de procreación implique el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su propio cuerpo, mucho menos una maternidad aislada, esto es, sin que se considere al padre progenitor.”¹⁰

8 Demanda PCNDH, pág. 33.

9 Utilizo el término “coito” porque se refiere específicamente a el “ayuntamiento carnal del hombre con la mujer”, esto es, al acto sexual entre una pareja heterosexual por vía vaginal.

10 Demanda PCNDH, pág. 32.

Sobre la autodeterminación de la mujer nos dice:

Esta autodeterminación, de querer ubicársele correctamente, la encontramos antes del ejercicio del derecho a la procreación. Alguien puede disponer de su cuerpo antes de haber ejercido el derecho a la procreación, lo que es aceptable, pues hay que reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquella fácilmente disponer sobre su propia sexualidad e integridad, en cuanto que esta conducta es un acto que la ley no prohíbe.

En cambio, la faceta de responsabilidad que comporta el ejercicio libre de la sexualidad implica que se evalúe, precisamente por la posibilidad misma de la procreación, la situación antes de ejercer el derecho, a fin de tomar las medidas conducentes a lo deseado, ya que después de ejercido encontrará limitaciones frente a la vida del producto de la concepción y frente al progenitor.¹¹

La construcción del “derecho a la procreación” que nos ofrece el PCNDH puede entonces articularse, hasta el momento, de la siguiente forma: el “derecho a la procreación” se compone de dos *facetas*. La primera “faceta”, llamémosle de la *libertad sexual*, puede manifestarse de dos formas: en “sentido positivo” y en “sentido negativo” (por oposición al primero). En “sentido positivo” resulta un derecho de “ejercicio conjunto”, específicamente “en pareja”, de sostener coito. En “sentido negativo” constituye un derecho individual, oponible al Estado, consistente en que nadie pueda ser obligada(o) a “procrear”, esto es, al coito.

Una segunda “faceta”, llamada por Soberanes “de responsabilidad”, inicia con la “procreación”, en donde el *derecho* es reducido a una protección frente a terceros de que la gestación no sea interrumpida. Al lado de este derecho reducido, surgen *obligaciones* a cargo de los “progenitores”; en específico, la obligación de la mujer de llevar a término su embarazo.

Llamemos a la primera faceta el derecho de “libertad sexual”, y a la segunda el “derecho de procreación” en sentido estricto. Hay un último rasgo del “derecho a la procreación” (esto es, del

11 Demanda PCNDH, pág. 36.

conjunto que componen las dos facetas enunciadas) que articula la vinculación necesaria entre ambas facetas y que vale la pena subrayar: la concatenación entre la “libertad sexual” y el “derecho de procreación” *stricto sensu*, no sólo es cronológica, sino también instrumental. La libertad sexual, ejercida “en sentido positivo”, tiene como finalidad activar la segunda faceta: la de procrear. En otras palabras, la libertad sexual puede ejercerse como *abstención* o como medio para el ejercicio del “derecho de procreación” en sentido estricto. La construcción que se nos ofrece no contempla el ejercicio de la libertad sexual “en sentido positivo” con fines distintos a la procreación.

Otorgándole el beneficio de la duda, suponemos que el Presidente de la CNDH no pretende sostener que *en todos o en la mayoría de los casos* el coito *tiene o debe tener* por finalidad la reproducción. Tampoco es posible sostener seriamente que, en los hechos, todas (inclusive, la mayoría de) las personas cuentan con la información suficiente y los métodos anticonceptivos suficientemente eficaces como para estar en posibilidades de que *solo* el coito que se realiza con el fin de resultar en fecundación, desemboque en ella. En consecuencia, sus afirmaciones deben ser entendidas como un llamado a que el derecho *impute la finalidad de procrear* a quién “ejerce en sentido positivo” su libertad sexual. Volvamos sobre el texto citado:

Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona.”

El “derecho a la procreación” que nos ofrece el Ombudsman *presume* que la “libertad sexual” se ejerce “positivamente” con la *finalidad específica y determinada* de procrear. Esta atribución de intencionalidad es fundamental. La finalidad *ficta* que se le imputa a quienes participan del coito es la pieza que explica gran parte de la caracterización del “derecho a la procreación”.

En primer lugar, la teleología que se imputa al despliegue de la sexualidad explica la vinculación necesaria entre la “libertad sexual” y el “derecho de procreación”, *stricto sensu*, al grado que

formen una unidad conceptual. Si la libertad sexual es un *medio* y un *requisito* para la aparición del “derecho de procreación”, ello explica por qué se concibe como una “faceta” inicial de un solo derecho, y no como un derecho en sí mismo. En segundo lugar, se explica también el carácter *binario* de la libertad sexual: o se ejerce “negativamente”, mediante la abstención, con el fin de *evitar* la procreación; o bien se ejerce “positivamente”, mediante el coito, para *procurar* la procreación. El concepto de “derecho de procreación” no admite que la “faceta de libertad sexual” se ejerza por placer, por amor, por obtener un ingreso, por curiosidad, por necesidad, por deporte, por venganza o por cualquiera de las infinitas razones, distintas a la reproducción, por las que las personas ejercen el coito.

En tercer lugar, el carácter binario de la libertad sexual explica, a su vez, porqué el Ombudsman no “ve” “por ningún lado” el derecho de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo: la mujer no tiene más alternativa que la que se presenta entre el ejercicio “positivo” o el ejercicio “negativo” de la libertad sexual. Si el coito tiene una finalidad determinada, necesaria, entonces la libertad se limita a emprender la búsqueda de esa finalidad o a no emprenderla. Los órganos reproductivos se usan para procrear o no se usan: esas son las alternativas. No puede haber autodeterminación si los usos del cuerpo están predeterminados.

Finalmente, la presunción explica porqué la libertad sexual se ejerce “en sentido positivo” de forma *conjunta* y, específicamente, *en pareja* (heterosexual y por vía vaginal, se entiende). Para procrear no se necesita ni más ni menos que una pareja, mujer y hombre. Más, menos o distintos tipos de participantes sobran, faltan o derrotan el propósito del ejercicio “positivo” de la libertad sexual. Todo presupone una concepción específica de lo que es la reproducción “normal” que no incluye tecnología, ni números distintos a dos.¹² Se trata de una concepción que se estima *natural*.

12 No interesa aquí contravenir su presunción de normalidad, sino simplemente entender cuál es el concepto de “derecho a la reproducción” que nos ofrece.

Derecho condicionado

La PGR es mucho menos abundante en su interpretación del segundo párrafo del artículo 4º constitucional. A diferencia del PCNDH, la PGR no ofrece un perfil articulado del “derecho de procreación” (así lo denomina), pero sí aporta un elemento claro que es compatible con lo sostenido por el PCNDH, y complementa la construcción del concepto del “derecho a la procreación”.

Al igual que el PCNDH, la PGR –tras invocar selectivamente pasajes del proceso legislativo que culminó con la inclusión del derecho constitucional– nos da su opinión al respecto:

... no queda lugar a dudas, que el Poder Reformador [...], reconoció en el numeral constitucional en estudio, el inherente derecho de las personas a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos.

No obstante, debe de destacarse que [...] la libertad de procreación, que es tanto del hombre como de la mujer según lo analizado, significa que el ejercicio de dicho derecho está sujeto a tres requisitos:

1. Que la decisión sea libre.
2. Que sea responsable.
3. Que sea informada.

Si se analiza cuidadosamente tanto el precepto constitucional como los motivos que le dieron origen, se arriba a la ineludible convicción de juicio de que el empleo de la medida abortiva no puede ser considerado como el ejercicio de la libertad de procreación, ya que entonces ello obviamente no sería producto de la responsabilidad y la información, por que supone un embarazo no planeado en forma responsable.¹³

Con la aportación de la PGR, el “derecho de procreación” queda condicionado a que su ejercicio sea responsable e informado. Esto es, si el derecho no se ejerció con responsabilidad, entonces no se puede gozar de él. Se trata de un derecho condicionado a su debido uso. Por necesidad lógica, sostiene, el aborto no puede

13 Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por Eduardo Medina-Mora Icaza, Procurador General de la República, p. 96, en archivo con el autor (en adelante, Demanda PGR). Énfasis en el original.

fundarse en el derecho de procreación (responsable), pues, por definición, el aborto implica necesariamente un embarazo irresponsable.

La minoría

En agosto de 2008, la Suprema Corte falló a favor de la constitucionalidad de las reformas que despenalizaban la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación. Seis Ministros y dos Ministras se pronunciaron por sostener la reforma. Tres Ministros, incluido el Ministro Ponente (Sergio Salvador Aguirre Anguiano) y el Ministro Presidente (Guillermo Ortiz Mayagoitia), se pronunciaron por la inconstitucionalidad. El proyecto de Aguirre Anguiano, en que se proponía declarar inconstitucional la despenalización del aborto durante el primer trimestre de gestación por considerarla contraria al derecho a la vida del óvulo fecundado, fue rechazado por la mayoría calificada de la Corte y la elaboración de la sentencia pasó a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío. Cada uno de los Ministros que votaron por la constitucionalidad elaboró un voto concurrente por separado.¹⁴ En contraste, los ministros que formaron la minoría emitieron un voto disidente en conjunto. Es este voto el que nos interesa, pues en él se rescatan diversos elementos del “derecho de procreación” o “derecho a la procreación” que proponen el PCNDH y la PGR.

En primer lugar, el nombre del concepto –“derecho de procreación”– fue retomado tanto en el voto de minoría¹⁵ como en el proyecto de Aguirre Anguiano.¹⁶ La minoría también identificó el ejercicio de la libertad reproductiva con la libertad de sostener o no sostener coito:

14 Con la notable y desafortunada excepción del Ministro José Ramón Cossío que prefirió limitarse a la sentencia que redactó a nombre de la mayoría.

15 Voto de minoría en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 54.

16 Proyecto de sentencia realizado por el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pág. 368. En adelante, Proyecto.

Si bien a nadie puede imponérsele un embarazo, cuando éste se deriva del ejercicio sexual libremente ejercido (sic) y decidido y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo.¹⁷

Más aún, la minoría sostiene la *imposibilidad* de la imposición de un embarazo:

... hablar de embarazos impuestos es desconocer toda la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual, de la cual, como lógica consecuencia, pueden resultar embarazos, por lo que no hay posibilidad constitucional ni legal de imposición de embarazos.¹⁸

Al afirmar la imposibilidad constitucional y legal de la imposición de un embarazo, los ministros de la minoría están recogiendo tácitamente la propuesta del PCNDH de que la voluntad de procrear sea *imputada* a quienes sostienen coito. Pretenden, así, que el derecho niegue que el coito pueda ejercerse con un fin distinto al de procrear¹⁹. Y esta negación podría implicar no sólo la falta de protección, sino la imputación de consecuencias como si hubiese sido realizado para procrear.

En tercer lugar, la minoría retoma la aportación de la PGR sosteniendo que la libertad sexual es un derecho condicionado; un derecho que obliga más de lo que faculta:

...no se está ante supuestos de imposición de embarazos sino en todo caso, ante un ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer; y, por la otra, que la libertad sexual se sujeta constitucionalmente a las condiciones de información y responsabilidad.

...el artículo 4º constitucional contempla obligaciones a cargo de la mujer para disfrutar de sus derechos...²⁰

17 Voto de minoría, pág. 55

18 Voto de minoría, pág. 163

19 Llama la atención que la minoría no contemple la posibilidad de un embarazo producto de una violación. Es de suponerse que, al afirmar la imposibilidad “constitucional” y “legal” de que existan embarazos no deseados, la minoría presume la plena eficacia de “la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual”. La presunción es endeble, pero aquí no interesa desacreditar la propuesta de interpretación de la minoría, sino exponerla.

20 Voto de minoría, pág. 163-4. Énfasis agregado.

En esta tesitura, los Ministros de la minoría consideran que las “consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante.”²¹

En cuarto lugar, la minoría (hipotética o contradictoriamente) sostiene también la necesidad de ejercer el “derecho a la procreación” en forma conjunta o “en pareja”, *cuando se lleva a cabo un aborto*:

La posibilidad de la madre de decidir unilateralmente sobre la muerte del producto en gestación, menoscaba ese derecho del padre, cuya voluntad no es tomada en cuenta al respecto.

Así como la concepción fue realizada por dos personas, resulta ilógico que el resultado de la misma no sea compartido entre las dos personas que la produjeron.²²

En quinto lugar, tenemos que, junto con el Presidente de la CNDH, los Ministros disidentes no ven en el párrafo segundo del artículo 4º constitucional derecho alguno de autodeterminación de la mujer: “El precepto en análisis no consagra expresamente los derechos a la autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida, que los Ministros de la mayoría derivan implícitamente.”²³

El (potencial) derecho a decidir

Quienes participamos en la defensa de la despenalización del aborto invocamos en repetidas ocasiones los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, citamos el párrafo segundo del artículo 4º constitucional y los pasajes pertinentes de cuanto tratado internacional se pronuncia al respecto. Sin embargo, no ofrecemos un concepto dogmático plenamente articulado sobre el derecho a decidir que fungiera como contrapeso al “derecho a la procreación”. Tampoco los Ministros y Ministras que formaron la mayoría ofrecieron en el fallo una caracterización

21 Voto de minoría, pág. 172.

22 Voto de minoría, pág. 175.

23 Voto de minoría, pág. 56.

sustantiva de este derecho. Afirman la existencia, importancia y preeminencia de unos y otros derechos de las mujeres, pero no elaboran el contenido normativo del texto constitucional. Además, la dispersión de votos concurrentes y la ausencia de referencias cruzadas explícitas que precisen con qué porciones de los votos concurrentes ajenos cada Ministro participante en la mayoría coincidía, son circunstancias que dificultan identificar un discurso común o, inclusive, un diálogo entre Ministros que estuvieron por sostener la constitucionalidad de la despenalización del aborto. Ese diálogo, esa interpretación común quedó en gran medida pendiente. Veamos algunas de las afirmaciones más sustantivas entre los pronunciamientos de los ministros.

El ministro Góngora Pimentel sostiene que los derechos sexuales y reproductivos “son la puerta de acceso al reconocimiento de la verdadera igualdad y el ejercicio pleno de la ciudadanía.”²⁴ Sin duda es relevante establecer la vinculación íntima entre derechos sexuales y reproductivos y otros derechos, como los de ciudadanía y el de equidad, pero ello no es más que el señalamiento de una vinculación con otros derechos.

El ministro Valls, en su voto particular, también vincula lo que él llama la “libertad reproductiva” y “libertad de procreación” con otros derechos fundamentales, concretamente con el libre desarrollo de su personalidad y su salud.²⁵ Aporta dos elementos –la mínima intervención del Estado y el carácter personalísimo de la decisión– que podrían servir para construir una caracterización más sustantiva.²⁶ Sin embargo, no abunda mayormente en ellos. Ahora bien, a pesar de no abundar en su interpretación, la calificación de la decisión como “personalísima” es un elemento clave para la construcción conceptual del

24 Voto concurrente que formula el Ministro Genaro David Góngora Pimentel en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 10. (en adelante, Voto Góngora).

25 Voto concurrente que formula el Ministro Sergio A. Valls Hernández en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 9. (en adelante, Voto Valls).

26 Voto Valls, pág. 10

derecho a decidir: contrasta abiertamente con el “ejercicio conjunto” que requiere el “derecho a la procreación” propuesto por el bloque conservador. Más abajo, al analizar la sentencia, se explorará la importancia de este punto.

El ministro Franco estima que existe un derecho exclusivo de las mujeres que denomina “derecho a la autodeterminación en materia de maternidad,”²⁷ pero no lo elabora conceptualmente. Asimismo, subraya las modalidades que el texto constitucional establece referentes a la responsabilidad e información con que deben abordarse estos temas, pero a diferencia del Procurador y los Ministros disidentes, no considera que éstas sean *condicionantes* para el ejercicio del derecho, sino que constituyen *obligaciones* a cargo del estado de proporcionar la información adecuada para tomar la decisión y los medios necesarios para llevarla a cabo responsablemente.²⁸

También la Ministra Sánchez Cordero reconoce la vinculación que existe entre la “libertad reproductiva” y otros derechos como la dignidad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad²⁹, pero no elabora mayormente el contenido normativo de la “libertad reproductiva”.

Finalmente, el Ministro Silva Meza es quién, en su voto particular, más enfáticamente reprocha que “la problemática de la mujer” solo sea abordada “en vía de consecuencia”³⁰ por los Ministros disidentes y por el proyecto de sentencia original.³¹ Sostiene que la identificación de los derechos de las mujeres es *indispensable*

27 Voto concurrente que formula el Ministro Fernando Franco González Salas en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 8. (en adelante, Voto Franco).

28 Voto Franco, págs. 15-6.

29 Voto concurrente que formula la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pág. 7. (en adelante, Voto Sánchez).

30 Voto concurrente que formula el Ministro Juan N. Silva Meza en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, págs. 6-7. (en adelante, Voto Silva).

31 Se queja también que la sentencia no recoja el énfasis que la mayoría dio a los derechos de las mujeres. Voto Silva, pág. 1.

para resolver la cuestión constitucional planteada. Consistente con su crítica, identifica los derechos fundamentales de las mujeres involucrados (“la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad sexual y la reproductiva, la autodeterminación y la intimidad”) y, en referencia al pasaje constitucional que nos ocupa señala:

En torno a la igualdad de género, libertades sexual y reproductiva, debo decir que tanto del texto, como del proceso legislativo que culminó con la reforma la artículo 4º constitucional..., se desprende que la consagración de los postulados ahí contenidos obedeció en gran medida a mitigar la discriminación de la que en ese entonces aquejaba al género femenino.

(...) Así las cosas, es claro que lo que el Legislador quiso plasmar fue el deber del estado de no intervenir en una decisión personal como lo es la planificación familiar, adquiriendo además el claro compromiso de dotar a la población de los medios suficientes e idóneos para ejercer lo que se denomina ‘paternidad responsable’.³²

Silva Meza aporta tres elementos importantes a la determinación de los “alcances” de la “libertad sexual y la reproductiva”: a) existe una vinculación estrecha con la igualdad (sustantiva, suponemos) de género; b) conjuntamente se orientan a mitigar la discriminación por motivo del género; y, c) se traducen en dos obligaciones concretas a cargo del Estado: no intervenir en las decisiones personales de planificación familiar y dotar de los medios suficientes (información y servicios, podemos suponer) para el ejercicio “responsable” de la reproducción.

Por último, la sentencia de la Corte parece evitar pronunciarse sobre la interpretación del artículo cuarto constitucional y más bien enfocar su argumentación sobre la existencia de un derecho a la vida del óvulo fecundado y en cuestiones de competencia legislativa para despenalizar conductas en general. El pasaje de la sentencia que aborda los derechos fundamentales de las mujeres establece lo siguiente:

32 Voto Silva págs. 10-1.

Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna.³³

Los derechos fundamentales a los que la sentencia se refiere son la autodeterminación del cuerpo, la salud y la vida, pero no la reproducción, no el derecho a decidir. La omisión es importante y llama la atención que la despenalización del aborto se considere una medida idónea para salvaguardar una multiplicidad de derechos fundamentales, pero no el derecho a decidir el número y espaciamiento de los propios hijos. La omisión, sin embargo, es consistente con la estructura general de la sentencia que, como se mencionaba, evita pronunciarse sobre el artículo cuarto constitucional.³⁴

Sin embargo, la sentencia ofrece también una clave para vislumbrar el perfil del potencial derecho a decidir que habrá de construirse a partir del texto constitucional. La parte más relevante de la sentencia, en lo que al derecho a decidir se refiere, se encuentra hacia el final del octavo considerando, cuando da respuesta al argumento ofrecido por los demandantes de que el varón tiene también un derecho a decidir la interrupción del embarazo, por lo que ésta debe de condicionarse a la aprobación del hombre partícipe en la fecundación. La sentencia rechaza el argumento³⁵ y, al

33 Sentencia en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pg. 183.

34 Esta omisión de abordar del derecho fundamental -a decidir el número y espaciamiento de los hijos- que se habría esperado fuese una pieza relevante en la decisión de la Corte- explica, en parte, la multiplicidad de votos concurrentes que se emitieron y el hecho de que en su mayoría mencionen dicho derecho.

35 La sentencia sostiene que la medida adoptada por el legislador local -dejar la decisión sobre la interrupción del embarazo exclusivamente en manos de la mujer- es "razonable" pues i) la continuación del embarazo "tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer"; ii) porque las cargas relacionadas con el embarazo, que "podrían

hacerlo, rechaza también la propuesta de que el derecho consagrado en el artículo cuarto constitucional es “de ejercicio conjunto”, tal como los proponentes del derecho a la procreación sostienen. El derecho a decidir, en el caso de las mujeres, es un derecho individual que no puede condicionarse a la voluntad del hombre. Así, la sentencia refleja la posición que el ministro Valls afirma en forma mucho más explícita: el derecho reproductivo consagrado en el artículo cuarto constitucional es “personalísimo”.

A manera de conclusión

Esta revisión sucinta de los votos y de la sentencia, nos arroja un panorama menos alentador de lo que la declaración de constitucionalidad de la interrupción legal del embarazo parecería ofrecer a primera vista: existe poco diálogo constructivo entre los ministros que apoyaron la constitucionalidad; más que diálogo, se trata de posicionamientos individuales que no se engarzan concretamente los unos con los otros. Existe una enorme dispersión en la terminología empleada por los Ministros para referirse al “derecho a decidir” que consagra el artículo 4 constitucional, lo que dificulta la articulación de un discurso constitucional sólido (y que contrasta con la consistente referencia a un “derecho a la procreación” o “derecho de procreación” entre la minoría de la Corte, la PGR y el PCNDH). Asimismo, vemos que, en la mayoría de los casos, la invocación de derecho consagrado en el artículo 4º se limita a eso: a referirlo, o bien a señalar un vínculo con otros derechos fundamentales, mas no a desempacar su contenido sustantivo y sus implicaciones normativas.

ser asumidas por los participantes masculinos”, encuentran una garantía “imperfecta” en el ordenamiento jurídico; iii) es difícil determinar la paternidad durante las 12 primeras semanas. El que los argumentos de la sentencia se articulen en términos de la “razonabilidad” de la despenalización no permite considerar éstos argumentos como diciendo algo directamente acerca del derecho a decidir. Sin embargo, la primera de las tres -la carga del embarazo recae desproporcionadamente en la mujer- es un argumento que puede articularse directamente para justificar el ejercicio individual del derecho a decidir. La sentencia no lo hace, pero el argumento se puede retomar en el futuro.

Ahora, los votos concurrentes y la sentencia sí ofrecen algunos elementos sustantivos sobre las implicaciones normativas del texto constitucional: la importancia de reconocer el derecho a decidir para alcanzar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres (Góngora); la mínima intervención del estado en la reproducción y el carácter personalísimo del derecho a decidir (Valls); la autodeterminación de la maternidad como un derecho específico de las mujeres (Franco); la importancia del derecho a decidir para el libre desarrollo de la personalidad (Sánchez); y la importancia de reconocer el derecho de las mujeres a decidir como medio para mitigar la discriminación de género (Silva). Estos elementos no son ni consistentemente sostenidos o mayormente elaborados, pero deberán de servir como la base a partir de la cual la mayoría de la Corte construya una interpretación articulada y sustantiva del pasaje constitucional que habla del derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos.

La Corte no ha articulado plenamente el derecho a decidir, aún. Sin embargo –y esto no es menor– sí ha rechazado –explícitamente y por una mayoría calificada de ocho votos– el derecho a la procreación, con todas las implicaciones que tiene. Esto, sin duda, es un avance importante; pero no suficiente. Es preciso que la Corte dote de contenido al texto del artículo 4º constitucional, si hemos de avanzar sólidamente hacia la equidad de género y al reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres, específicamente, el derecho al acceso a un aborto legal y seguro.

Al final del día y en la medida en la que avanza el debate constitucional, estoy convencido de que la Corte ofrecerá una interpretación sustantiva del segundo párrafo del artículo 4º de la Constitución. Las tensiones políticas y sociales latentes ante la indeterminación de un pasaje constitucional tan polémico e importante, aconsejan construir una interpretación sustantiva y no adoptar una política minimalista. Cuál vaya a ser esa interpretación, dependerá de quiénes logren impulsar mejor su versión de los derechos reproductivos; pero para impulsarla, es preciso primero articularla.

De la negación a la represión de la sexualidad adolescente en Chile*

Lidia Casas B.

Licenciada en Derecho por la Universidad Diego Portales y abogada; Magíster en Derecho por la Universidad de Toronto. Candidata a doctora por la Universidad de Ottawa. Profesora Asociada e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago-Chile). En esta universidad es coordinadora del área Género y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos. Es parte de la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho Red Alas.

Resumen: En Chile las y los adolescentes no son considerados titulares del derecho a la educación integral en sexualidad. Con esta premisa, este artículo revisa la historia reciente de la educación sexual en Chile, particularmente la legislación, políticas y programas sobre esta materia y cómo se ha gestado el rechazo a la educación sexual obligatoria a partir de la negación de la sexualidad de las/los adolescentes. Asimismo, presenta parte de los resultados de un estudio realizado en el año 2008 sobre los reglamentos de escuelas de Santiago, cuyo objeto era determinar si estos estatutos eran respetuosos de la legislación nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Cabe destacar que en áreas como la discriminación a causa de VIH, el embarazo y la conducta sexual de los estudiantes, este estudio reflejó el mayor nivel de omisión en los reglamentos.

Introducción

Chile es un país de contrastes. Las tasas de mortalidad materna se han reducido hasta el punto de ser comparables con las de países desarrollados¹ y casi el 99% de los partos son atendidos por pro-

* Este trabajo contó con la colaboración de Claudia Ahumada, LLM, Consejera en temas de Género del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA ONUSIDA.

1 SHEPARD, Bonnie, CASAS, Lidia. Abortion policies and practices in Chile: ambiguities and dilemmas. *Reproductive Health Matters*. 15(30):202-210, 2007.

fesionales de la salud². No obstante, la tasa de embarazo adolescente es de aproximadamente un 15%³. Esto es un reflejo de las dramáticas contradicciones en la sociedad chilena: el de la abundancia y el abandono.

Los datos de los nacidos vivos de mujeres menores de 19 años son sensibles a la clase social, es decir, disminuyen en la medida que sube el estrato social de las adolescentes⁴. En números, la tasa de natalidad de las mujeres menores de 19 años pertenecientes a zonas adineradas de Santiago es menor a un 4%, cifra comparable con las de Holanda, Noruega o Suecia⁵. Por el contrario, en las zonas pobres de la misma ciudad las cifras de nacimientos para este grupo etario oscilan entre un 15% y un 25% y se asemejan a la realidad que viven las mujeres jóvenes de Ghana en África o de Colombia y República Dominicana en América Latina⁶.

La preocupación por el embarazo de adolescentes en Chile se remonta a los años sesenta, cuando el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva creó dentro de la estructura del Ministerio de Educación la “Comisión de la Vida Familiar y Educación Sexual” (Comité de Vida Familiar y Educación Sexual). Posteriormente en 1972 se implementó un programa de educación

2 SCHIAPPACASSE, Verónica, VIDAL, Paulina, CASAS, Lidia, et al. Chile: situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos. Santiago, Corporación de Salud y Políticas Sociales, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva y el Servicio Nacional de la Mujer, 2003, p. 52.

3 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Fecundidad en Chile. Situación reciente. [En línea] Santiago, 2006, p. 10. <www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/demografia/pdf/fecundidad.pdf> [Consulta: 21 de agosto 2010].

4 INSTITUTO NACIONAL DE JUVENTUD. OBSERVATORIO DE JUVENTUD. 5^{ta} Encuesta Nacional de Juventud. [En línea] Santiago, 2007, p. 165. <<http://www.injuv.gob.cl/pdf/quintaencuestanacionaldejuventud.pdf>> [Consulta: 21 Agosto 2010].

5 WHO EUROPE. Atlas of Health in Europe. [En línea] 2^a ed, Copenhagen, 2008. p.16. <www.euro.who.int/Document/E91713.pdf> [Consulta: 21 Agosto 2010].

6 WHO, UNFPA. Pregnant Adolescents, Delivering on Global Promises of Hope. [En línea] Geneva, WHO, 2006. p. 8. <http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241593784_eng.pdf> [Consulta: 21 Agosto 2010]

sexual, pero éste fue suspendido después del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973⁷.

Chile ha participado en los foros mundiales como un país que abraza los derechos humanos y que tuvo una presidenta que ejerció un liderazgo distinto. No obstante, las políticas y los programas en materia de sexualidad y reproducción se ejecutan sin incorporar una perspectiva de género y derechos humanos. Este trabajo examina y explica cómo la negación de la sexualidad de los adolescentes y de sus expresiones, y la ausencia de educación sexual obligatoria en las escuelas, son algunos de los elementos de un escenario caracterizado por la escisión entre la retórica de los derechos y la negación de los mismos. Para estos efectos, se examina la legislación, las políticas y programas de la historia reciente de la educación sexual en Chile y su impacto en los derechos de las y los adolescentes. Esta revisión incluye el accionar de los gobiernos de la Concertación a partir de 1990 y algunas consideraciones sobre los primeros meses de un gobierno de derecha cuyas acciones, hasta ahora, dan cuenta del regreso hacia un discurso donde la sexualidad y su ejercicio, está constreñida al espacio de la familia, el matrimonio y los tradicionales roles de género.

Además de las leyes, políticas y programas estatales, se analizaron como fuentes secundarias, los discursos de la prensa en temas relacionados con la educación sobre sexualidad y la sexualidad de los adolescentes. Específicamente, se examinaron los diarios *El Mercurio* -medio conservador, perteneciente a uno de los consorcios periodísticos más importantes del país- y *La Nación*, de propiedad del Estado⁸. Igualmente, se revisaron algunos casos de la Corte de Apelaciones de Santiago entre los años 2004 y 2006, así como la decisión de 2008 del Tribunal

7 COLLAO, Ondina y HONORES, Carmen Gloria. Hacia una pedagogía de la sexualidad. [En línea] Viña del Mar, CIDPA, 2000. p. 15.

<<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/doc/not/libro123/libro123.pdf>> [Consulta: 21 de agosto 2010]

8 En ambos casos, sus portales de web permiten el acceso libre a búsqueda de información.

Constitucional de Chile sobre la píldora de anticoncepción de emergencia y la consejería a adolescentes.

En el contexto de esta revisión histórica, el presente artículo también presenta parte de las conclusiones de un estudio realizado en el año 2008 sobre los reglamentos escolares en la Región Metropolitana de Santiago⁹, cuyo objetivo era determinar si estos estatutos eran respetuosos de la legislación nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. En este estudio se analizó una selección aleatoria de 250 escuelas (22% del total en algunos distritos educativos). La muestra final incluyó 189 reglamentos escolares. Este trabajo también incluyó un estudio de casos consistente en entrevistas semi-estructuradas a directores, profesoras/es, padres y representantes de los estudiantes en siete escuelas.

La sociedad del doble estándar

Shallak¹⁰ y Blofield¹¹ han caracterizado a Chile como una sociedad con un doble discurso. El sexo y la sexualidad son retratados en todas partes: en la venta de cerveza, de cigarrillos, de automóviles, de desodorantes y de otros productos. No obstante, mientras se advierte la existencia de una tensión entre las iniciativas gubernamentales en sexualidad y reproducción, impulsadas por los gobiernos de la Concertación, y las Organizaciones no Gubernamentales de la Sociedad Civil (ONGs), se observa la insistencia de la élite política y social conservadora por aplazar la educación sexual.

9 CASAS, Lidia, AHUMADA, Claudia, RAMOS, Liliana, et al. La convivencia escolar: componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de los Reglamentos Escolares. [En línea] Revista Justicia y Derechos del Niño 2008 (10), pp. 317-40.

<www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/263/justicia_y_Derecho_10_fina-web2008_arreglado.pdf> [Consulta: 23 de agosto 2010]

10 SHALLAT, Lesak. Rites and rights: Catholicism and contraception in Chile. En: MIRSKY, J.; RADLETT, M. (eds.) Private decisions, public debate: women, reproduction and population. Londres, Panos. 1994. p. 152.

11 BLOFIELD, Merike. The politics of "moral sins": a study of abortion and divorce in catholic Chile since 1990. Santiago, FLACSO, 2001.

En los últimos años, la élite política y social conservadora chilena ha promovido la censura de las campañas televisivas sobre la prevención del VIH y el SIDA mediante el uso de condones¹² y la prohibición por parte del Tribunal Constitucional de la prescripción y entrega de píldora de anticoncepción de emergencia en el sistema de atención público de salud¹³. Párrocos y autoridades municipales se opusieron a una campaña informativa sobre la prevención de las infecciones de transmisión sexual y los embarazos no deseados que incluía la distribución de preservativos en las playas durante el verano de 2004. Procuraron que se impusieran multas a los/las monitores/as de salud que participaron en esta iniciativa y el obispo Medina, actual cardenal en el Vaticano, se refirió a los monitores indicando que *Satán usa distintos disfraces*¹⁴.

El doble estándar en materia de sexualidad es un subproducto de la transición democrática y de la falta de voluntad política en el posicionamiento en la agenda pública de temas que agitan las aguas en la oposición, en el clero y en la propia Concertación. A esto precisamente se refiere el Informe del PNUD sobre Desarrollo Humano en Chile del 2010 cuando identifica vetos *exter-nos* e *internos* en los factores y obstáculos del cambio político y cultural¹⁵.

Lo anterior no implica que no existan avances en la materia. Pese a que las últimas administraciones estuvieron encabezadas por socialistas -Ricardo Lagos (2000-2006) y Michelle Bachelet

12 CABAL, Luisa, LEMAITRE, Julieta y ROA, Mónica (eds.). *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá, Center for Reproductive law and Policy, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes y Temis. 2001, p. 136.

13 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Recurso de Inconstitucionalidad Rol 740-07. Sentencia 22 de abril, 2008. [En línea] <www.tribunalconstitucional.cl> [Consulta: 29 agosto, 2010]

14 FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004. Hechos 2003. [En línea] Santiago, Universidad Diego Portales, 2004, pp. 229-30. <www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/informesddhh/informe_04/07.pdf> [Consulta: 4 Febrero 2010]

15 UNDP. Desarrollo Humano en Chile. Género: los desafíos de la igualdad 2010. Santiago, UNDP, 2010, pp. 286-297.

(2006- marzo de 2010)- la sensación es que tenemos un largo camino por recorrer.

Evidentemente, la sexualidad juvenil se relaciona con la ética, los valores, las costumbres y las actitudes hacia el sexo y la sexualidad del mundo público adulto. Esto no es nuevo y, tal como señala Shepard, la división política sobre este tema ha afectado tanto las agendas políticas nacionales, como las internacionales¹⁶. La relación asimétrica entre los adolescentes y adultos determina que se hable o no dentro de los hogares sobre sexualidad, el que exista o no educación sexual en las escuelas y si pueden o no acceder a servicios de salud reproductiva exentos del reproche moral de los prestadores de salud. En el discurso público y en la implementación de las políticas públicas existe una brecha entre la construcción de la identidad de los adolescentes como seres inocentes y asexuados, y sus verdaderas necesidades y derechos. Incluso cuando se reconoce la existencia de la sexualidad adolescente, ésta tiende a ser vista como un problema de la sociedad y de los encargados de formular políticas en esta materia, sin considerar a las/los adolescentes¹⁷. Ello se aprecia en el aumento de la edad para el consentimiento sexual y las repercusiones en la política criminal del Ministerio Público en relación a las adolescentes menores de 14 años que solicitan anticonceptivos¹⁸⁻¹⁹.

16 SHEPARD Bonnie. Conversation and controversies: a sexuality education programme in Chile. *En su*: Running the obstacle course to sexual and reproductive health: lessons from Latin America. Westport CN, Praeger, 2006, p. 133.

17 CASAS, Lidia, AHUMADA, Claudia, RAMOS, Lilliana, et al. La convivencia escolar: componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de los Reglamentos Escolares. Op. cit. y MOORE, Susan, ROSENTHAL, Doreen. Adolescent sexual behaviour. *En*: ROKER Debi, COLEMAN John, (Eds). Teenage Sexuality. Health, Risk and Education. Amsterdam, Harwood Academic Publishers. 1998. p. 35.

18 CASAS, Lidia. Confidencialidad de la información médica, derechos a la salud y consentimiento sexual de los adolescentes. [En línea] Revista SOGIA, vol. 12, nº 13, pp. 94-111, Santiago, 2005. <<http://www.cemera.cl/sogia/pdf/2005/XII3confidencialidad.pdf>> [Consulta: 28 agosto 2010]

19 AHUMADA, Claudia. Statutory rape law in Chile: for or against adolescents? [En línea] Journal of Politics and Law. Toronto, Canada. 2009. <<http://ccsnet.org/journal/index.php/jpl/issue/view/89>> [Consulta: 10 agosto 2010]

Primer tiempo: la negación de la sexualidad

El sistema educativo en Chile es un reflejo de las contradicciones políticas y sociales de las últimas dos décadas. La actual estructura del sistema educativo y el régimen jurídico que establece escuelas municipales y privadas subsidiadas por el Estado se heredó de la dictadura. La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza se promulgó sólo unas horas antes que el General Pinochet dejara el poder en marzo de 1990. El carácter cuasi-constitucional de esta Ley requiere de una altísima mayoría para modificarla, lo que ha propiciado que todos los cambios en esta materia sean el producto de largas negociaciones. Si bien la política pública es de incumbencia del Poder Ejecutivo ésta ha sido objeto de debate político interno como a todo tipo de presiones políticas externas.

Tras el advenimiento de la democracia, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas exigieron una política de educación sexual a la luz del aumento de los embarazos de adolescentes, así como del creciente incremento del contagio del VIH y el SIDA. Para entonces, Chile ya había ratificado la mayoría de los pactos internacionales de derechos humanos, incluida la Convención internacional sobre los Derechos del Niño (CDN). Como respuesta, se convocó en 1991 a una Comisión para elaborar una propuesta de política pública sobre educación sexual. Dos años más tarde, la Comisión adoptó la “Política de Educación Sexual”. Ésta consideró los intereses de los directores de escuelas, sostenedores (dueños), profesores, padres y autoridades religiosas²⁰. Si bien esta política proporcionó un marco hasta esa fecha inexistente, lo cierto es que no incluyó un plan de trabajo que hiciera tangible su implementación. Esta tarea quedó en manos de cada comunidad, las que debían definir los contenidos y enfoques del plan de trabajo de acuerdo a sus necesidades. Es decir, se alcanzó un acuerdo sobre un procedimiento que permitía dar cabida a la diversidad de puntos de vista sobre la sexualidad y la fuerte fractura política que marcaba este tema. Éste se basó

20 MINISTERIO DE EDUCACION. Política de Educación en Sexualidad. Para el mejoramiento de la calidad de la Educación. 5ª ed. Santiago, 2003.

en la premisa de que la educación sobre sexualidad es importante para los niños y los jóvenes, y que la familia tiene un papel primordial, por tanto el diseño de los programas debía contar con la participación de los padres²¹.

La declaración expresa en la Política sobre la falta de consenso también significó que los padres tenían el derecho de restringir a sus hijos de participar en cualquier actividad de educación sobre la sexualidad en la escuela.

“Considerando que [...] resulta imposible encontrar modo [sic] de estructurar un discurso único que pueda ser incorporado al currículum escolar, se requiere de un mecanismo que permita descentralizar las decisiones sobre aspectos en que existan normas, valores y creencias diversas”²².

Esto fue percibido como una victoria parcial; la educación sexual podría ser aplicada y mejorada teniendo en cuenta que otras acciones deberían llevarse a cabo.

En 1995 el Ministerio de Educación y otros organismos gubernamentales, con el apoyo del UNFPA, trabajaron para poner en marcha una experiencia educativa que incluyó tres días de talleres sobre sexualidad con estudiantes, profesores y padres²³. La experiencia, conocida como JOCAS (Jornadas de Conversación sobre Afectividad y Sexualidad) se aplicó en 5 escuelas²⁴. En 1996, la JOCAS se introdujeron en el sistema educativo causando gran oposición, especialmente por parte de la jerarquía de la Iglesia Católica que declaró que la iniciativa carecía de “valores morales” y que la sexualidad es un asunto privado que sólo puede ser hablado dentro de la familia²⁵. Junto con esta crítica, la oposición política y la

21 Ibid. p. 33.

22 Ibid. p. 32.

23 GUERRERO, Elizabeth, PROVOSTE, Patricia, VALDES, Alejandra. La desigualdad olvidada: género y educación en Chile. En: Equidad de género y reformas educativas. Hexagrama Consultoras, FLACSO-Buenos Aires, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos Universidad Central de Bogotá. Santiago, 2006. p. 123.

24 Ibid.

25 Ibid. p. 124.

Federación de Instituciones Educativas Privadas constituyeron una férrea resistencia.

A pesar de la oposición, el Ministerio mantuvo el programa con la esperanza de que las comunidades escolares tuvieran el interés en desarrollar sus propios programas de estudios²⁶. No obstante, en 1999 menos del 37% de todas las escuelas que recibían financiamiento público implementaron este programa²⁷, luego se paralizó como una iniciativa oficial, aunque algunas escuelas siguen aplicando el modelo.

Las JOCAS siguen siendo recordadas como un momento importante en la incorporación de la educación sobre sexualidad en las escuelas. Eran muy populares, se aplicaron en todo el país y la dinámica de la conversación sobre sexualidad descansaba en los participantes de cada comunidad. Se perciben como más cercanas al público objetivo y más democráticas. Su limitación es que la experiencia, fue concebida como una serie de “eventos” que no alcanzaban a satisfacer las necesidades de las/los jóvenes en el sistema educativo²⁸. Una encuesta realizada en 2004, tras una década de la Política, mostró que los orientadores escolares, los directores y sostenedores coincidían en que las JOCAS permitieron abrir “conversaciones sobre la sexualidad”, pero se perdió impulso a causa de la falta de continuidad²⁹.

Este panorama no ha variado sustantivamente en los últimos años. Si bien la mayoría de las escuelas privadas tiene algún tipo de programa de educación sobre sexualidad, son pocas las escuelas públicas que desarrollaron sus propios programas y menos del 10% de los docentes han adquirido los conocimientos para hacer

26 MINISTERIO DE EDUCACION. Jornadas de Afectividad y Sexualidad. . [En línea] Santiago, 1999. <<http://www.mineduc.cl/biblio/documento/jocas.pdf>> [Consulta: 22 de febrero de 2009].

27 GUERRERO, Elizabeth, PROVOSTE, Patricia, VALDES, Alejandra. La desigualdad olvidada: género y educación en Chile. Op. cit.

28 COLLAO, Ondina y HONORES, Carmen Gloria. Hacia una pedagogía de la sexualidad. Op. cit.

29 MINISTERIO DE EDUCACION. Comisión de evaluación y recomendaciones sobre educación sexual. Santiago, 2005, p. 5.

frente a la sexualidad en el aula³⁰. Desde el año 2000, ha habido iniciativas aisladas que carecen de la continuidad necesaria en las escuelas. En su lugar, centros académicos y organizaciones no gubernamentales han ofrecido una variedad de programas e iniciativas. Parte de esta oferta se ha concentrado en la entrega de información y esfuerzos algunos de los cuales proporcionan información a las/los adolescentes sobre servicios de salud relacionados con la protección de embarazos no deseados y las infecciones de transmisión sexual (ITS). Otros, siguiendo el modelo estadounidense de *Teen Star*³¹, han hecho hincapié en la abstinencia como forma de prevención tanto del embarazo, como de las ITS.

Mientras tanto la transformación cultural y la necesidad de abrir la conversación sobre sexualidad se instaló en los medios de comunicación social. Un programa de radio escuchado en todo el país, incluso en taxis y autobuses, se convirtió en una de las más importantes fuentes de información para los jóvenes y adolescentes³² y fue la inspiración de una serie de películas. El conductor del programa logró lo que las políticas públicas no habían podido hacer: permitir a la gente a hablar libremente sobre el sexo. Este cambio se manifestó en la prensa escrita, así en un tabloide que habitualmente trae de portada una mujer escasamente vestida incluyó en su edición dominical en la sección

30 SUAREZ, Claudio, NAVARRETE, Diego, RIFFO, Paola et al. Temas de la sexualidad que preguntan adolescentes en la prensa. [En línea] Revista SOGIA, vol. 11, n° 3, 2004, p. 85. <<http://www.cemera.cl/sogia/pdf/2004/XI3temas.pdf>> [Consulta: 27 de agosto de 2010]

31 COLLAO, Ondina y HONORES, Carmen Gloria. Hacia una pedagogía de la sexualidad. Op. cit; CID, Paulina. La experiencia comunitaria sobre trabajo en sexualidad con jóvenes. [En línea] Santiago, Epes, 2004. <http://www.pasa.cl/biblioteca/Experiencia_Comunitaria_sobre_Trabajo_en_Sexualidad_con_Jovenes_Cid_V.pdf>; [Consulta: 27 de agosto de 2010]; SUAREZ, Claudio, TOLEDO, V, LUENGO, Ximena, et al. Impacto del programa de educación sexual Adolescencia Tiempo de Decisiones. En: MOLINA, Ramiro, SANDOVAL, Jorge, GONZALEZ, Electra (eds.) Salud sexual y reproductiva en la adolescencia. Santiago, Editorial Mediterráneo, 2003; LEON, Paula, MINASSAIN, Matías, BORGONO, Rafael et al. *Revista Pediatría Electrónica on line*. 5(1):46-48, 2008

32 BARRIENTOS, Jaime. Nueva normatividad del comportamiento sexual juvenil en Chile. [En línea] Última Década, n° 24, CIDPA Valparaíso, julio 2006, pp. 81-97. <<http://www.cidpa.cl/udecada/txt/decada24/arto5.pdf>> [Consulta: 27 de agosto de 2010]

*Vida afectiva y Salud*³³, una invitación a los lectores a enviar sus preguntas. CEMERA, un centro académico especializado en salud sexual y reproductiva asumió el papel de responder las preguntas de los lectores, personas de todo el espectro etario y pertenecientes a sectores de clase media baja o más pobres. Entre los lectores del grupo de edad de 11 a 19 años de edad, las preguntas se concentraron en seis áreas: (i) relaciones sexuales (incluidas preguntas sobre sexo anal y oral), (ii) anatomía genital, (iii) embarazo adolescente, (iv) homosexualidad, (v) ITS y (vi) masturbación. Chile Unido, una organización que trabaja sobre cuestiones de la familia y que rechaza el aborto, también se ocupó de responder preguntas. Estos resultados son una muestra de la necesidad urgente de los adolescentes de disponer de información completa y exacta³⁴. Más del 60% de los estudiantes encuestados en 2004 declaró que su principal fuente de información fue la televisión y no la familia³⁵. Materiales para los padres también se censuraron, una publicación dirigida a padres fue guardada en bodegas por el Ministerio de Educación, ya que el material se lo consideró ofensivo, pues trataba el tema de la masturbación³⁶.

Shepard utiliza la analogía del vaso medio lleno o medio vacío para evaluar las JOCAS, en un intento de mostrar que ha habido progresos. Pese a estar de acuerdo, las expectativas de la administración Bachelet fueron enormes, como también lo fueron respecto de Lagos. La realidad ha demostrado que el progreso en ciertas cuestiones, como la sexualidad, puede quedarse atrás incluso bajo administraciones progresistas. En este tema, durante el gobierno de Lagos, el Ministro de Educación convocó a una nueva comisión para evaluar lo que había sucedido después de diez años de la aprobación inicial de la Política de Educación Sexual en 1993. Expertos, maestros, apoderados/as, directores y estudiantes fueron convocados a título personal. También se llamó a conocidos

33 SUAREZ, Claudio, NAVARRETE, Diego, RIFFO, Paola et al. Temas de la sexualidad que preguntan adolescentes en la prensa. Op. cit., pp. 85-86.

34 Ibid.

35 Op. cit p. 44

36 Op. cit

especialistas del ámbito de la educación de la sexualidad. Esta Comisión estuvo abierta a las opiniones de la comunidad, y desde diversos lugares, grupos de la sociedad civil expresaron su frustración sobre cómo los gobiernos de Chile no habían sabido responder a los desafíos en la última década. Otros expresaron cierta preocupación por la posibilidad de que la creación de esta comisión significara un cambio en el *status quo*, esto es, la eventual instalación de programas obligatorios de educación sexual en todas las escuelas. Se argumentó que la disposición constitucional sobre la libertad de enseñanza impediría que el gobierno pudiera hacer cualquier cambio en la política o la ley.

La Comisión en 2005 tomó nota que pese a que la política de 1993 se basó en los derechos humanos, no hizo mención a los derechos del niño. En lugar de ello, el documento describe largamente los derechos y deberes de los padres, pero omite señalar que cualquier intervención estatal o incluso la parental deben procurar el interés superior del niño, en consonancia con la autonomía progresiva de los adolescentes con el fin de proteger, entre otros derechos, su salud, integridad y la seguridad. Pudiera explicarse que la falta de referencia a la Convención que había sido ratificada apenas unos pocos años antes, era una falta de comprensión de las obligaciones que emanan de dicho instrumento. Por ello, una década después, la nueva Comisión declaró que cualquier cambio en la política debía tener como eje la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre derechos humanos que aborden o se imbrican en los temas de educación y sexualidad³⁷.

El consenso alcanzado en 1993 se basó en la promesa de que era necesaria la participación de los padres o de la familia, pero los hechos muestran que ello no ocurrió. Un estudio encargado por el Ministerio de Educación encontró que menos de un tercio de las escuelas privadas invitó a los padres a talleres de educación de la sexualidad, mientras que en las escuelas municipales esa cifra era

37 MINISTERIO DE EDUCACION. Comisión de evaluación y recomendaciones sobre educación sexual. Op. cit. p. 14.

inferior al 12%³⁸. Las comunidades escolares no estaban abiertas para hacer frente a estos problemas a menos que fueran presionadas.

Se alcanzó un nuevo consenso en 2005 basado en el respeto de la diversidad de puntos de vista sobre la sexualidad, pero reconociendo el rol del Estado para acortar las brechas entre aquello que no hacen las familias y las necesidades de información y apoyo que se requieren para las/los adolescentes. También se concluyó que los docentes no tienen los conocimientos ni habilidades necesarias para proporcionar educación en sexualidad, por lo tanto, gran parte de la labor y las energías necesarias en cualquier cambio debían poner atención en la formación de profesores/as y en la producción de material educativo.

Se diseñó un plan de trabajo para cinco años en el que se invitó a las escuelas a aplicar un nuevo programa de educación sexual³⁹. Como un *déjà vu*, los recursos financieros se redujeron y el proyecto perdió prioridad en la administración Bachelet. Los activistas y las organizaciones no gubernamentales se refirieron a esta nueva situación como el final de la educación de la sexualidad en las escuelas⁴⁰.

Segundo tiempo: La regulación de la sexualidad en las escuelas

A lo largo de los años, se escucha evidencia anecdótica en los medios sobre casos de estudiantes sancionados (expulsados, suspendidos o a quienes se les revoca su matrícula) entre otras causas, por su comportamiento sexual. Fue común escuchar, la situación de las adolescentes embarazadas discriminadas y de sanciones a

38 Ibid. p. 28.

39 ENTREVISTA a Débora Solís. Sexualidad en los colegios. [En línea] CLAM, entrevistas, 13 de febrero de 2007. <<http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2252&tpl=printerview&sid=51>>; [Consulta: 20 de febrero de 2009].

40 ARENAS, Leo. El fin de la educación sexual en Chile. [En línea] Observatorio Género y Equidad, 9 de octubre de 2008. <www.observatoriogeneroyliderazgo.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=644&Itemid=2> [Consulta: 4 de febrero de 2009].

estudiantes por tener una presentación personal que no se considerara acorde con los valores morales o la normativa escolar.

Los casos en tribunales han sido resueltos con diferentes resultados⁴¹, y no siempre pensando en la protección de los/as estudiantes. Las escuelas han argumentado que, una vez que los padres o una familia matriculan a un estudiante, aceptan y son conscientes de las normas que rigen en la comunidad escolar y que, por lo tanto, ni los padres ni los estudiantes pueden quejarse de los procedimientos o de cualquier sanción impuesta en caso de trasgresión a las mismas. Ello motivó primero una recomendación ministerial a fin de prevenir la sanción a las estudiantes embarazadas⁴² y posteriormente una ley que prohíbe la discriminación en la escuela por causa de embarazo o crianza de los hijos⁴³. A ello se sumó, un reglamento y una ley que prohíbe la discriminación por VIH⁴⁴, la prohibición de suspender a los estudiantes durante el año escolar por la morosidad en los pagos y se establecieron acciones afirmativas en la ley a fin que las escuelas con subvención estatal tengan al menos un 15% de niños que se consideran en situación de vulnerabilidad social⁴⁵. Todos

41 CASAS, Lidia, CORREA, Jorge y WILHELM, Karina. Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y discriminación. Santiago, Universidad Diego Portales, 2001 (Cuadernos de Análisis Jurídico 12), pp. 115-230.

42 MINISTERIO DE EDUCACION. Circular 247 de 1991. El caso emblemático fue litigado en la *Corte de Apelaciones de La Serena, Carabantes v. Araya, rol 21.633, 25 diciembre 1997*, en que la Corte Suprema mantuvo firme la decisión de la escuela de expulsar a una joven por su embarazo. La familia denunció la situación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se alcanzó un acuerdo amistoso: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 33/02, Acuerdo Amistoso, Petición 12046, Mónica Carabantes Galleguillos v. Chile. [En línea] 12 de marzo de 2002. <www1.umn.edu/humanrts/cases/33-02.html> [Consulta: 25 de febrero de 2010].

43 LEY 19.688. CHILE. Modifica la ley n° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales. 5 agosto 2000. [En línea] <sdi.bcn.cl/boletin/publicadores/legislacion_tematica/archivos/19688.pdf> [Consulta: 27 de agosto de 2010].

44 LEY 19.779. CHILE. Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. 14 de diciembre de 2001. [En línea] <www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/192511.pdf> [Consulta: 20 de febrero de 2009].

45 LEY 19.979. CHILE. Modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales. 28 de octubre de 2004. [En línea]

estos cambios se realizaron en consonancia con las obligaciones que emanan de la Convención sobre Derechos del Niño para garantizar el derecho a la educación hasta los 18 años.

Los reglamentos de convivencia escolar constituyen un conjunto de normas internas que deben establecer los principios rectores y normas de la comunidad escolar. Contienen reglas sobre materias disciplinarias, presentación personal, puntualidad y asistencia y, en general, regulan el comportamiento de las/los estudiantes. Se basa en la premisa que son una creación de toda la comunidad, pero en la práctica estos reglamentos son establecidos por la administración con poca participación de los padres o estudiantes.

En 2007, la UNICEF y el Ministerio de Educación encargaron un estudio sobre los reglamentos escolares, discriminación y el debido proceso para evaluar precisamente si éstos se adecuaban a las normas existentes, cómo participaba la comunidad en su elaboración y cuál era el sentido de las normas⁴⁶.

En la matriz de análisis se distinguieron tres categorías: cumplimiento, incumplimiento y omisión. Esta última se refiere a los silencios en algunas de las variables medidas, por ejemplo, en la existencia de procedimientos para aplicar una sanción. A su vez, para establecer la conformidad del reglamento se determinó que éste cumplía cuando satisfacía los requisitos legales - aunque sólo fuese mínima y formalmente- y que no lo hacía cuando contenía disposiciones contrarias a la ley. En el cuadro 1 se observa el silencio de disposiciones relativas al embarazo, VIH, sexualidad y la discriminación. Estas omisiones contrastan con la detallada regulación de la presentación personal de las/los estudiantes, donde se regula la posibilidad o la prohibición del uso de (i) *piercings*, (ii) pelo largo/corto, de determinados estilos o colores, (iii) el largo del vestido, (iv) el tipo de pantalones y (v) el uso de accesorios, entre otras.

<<http://www.mineduc.cl/biblio/documento/200708021802560.Ley199792004.pdf>> [Consulta: 20 de febrero de 2009].

46 CASAS, Lidia, AHUMADA, Claudia, RAMOS, Lilibiana, et al. La convivencia escolar: componente indispensable del derecho a la educación. Op. cit.

Tabla 1

	Sub dimensión	Cumplimiento			Incumplimiento
		Cumplimiento	Omisión	Parcial	
Participación de padres y estudiantes		43,6	52,7	96,3	3,7
Discriminación	Embarazo y VIH/SIDA	13,2	79,8	93,0	7,0
	Comportamiento sexual	1,6	60,9	62,5	37,5
	Discapacidad	17,9	82,1	100,0	0,0
	Raza, origen nacional o etnia	5,3	94,7	100,0	0,0
	Religión/credo	6,0	87,7	93,7	6,3
Acceso y permanencia	Rendimiento Académico	13,8	83,6	97,4	2,6
	Cobros	7,9	91	99,0	1,1
Debido Proceso	Sentido educativo y disciplina	47,6	8,5	56,1	43,9
	Procedimiento	62,0	N/A	62,0	38,0
	Proporcionalidad de la sanción	70,4	18,0	88,4	11,6
Presentación personal	Uniforme	84,6	14,4	99,0	1,1
	Uso de accesorios	*			
* Los resultados de esta sección no fueron tabulados ya que no existe ley o norma obligatoria sino meras instrucciones ministeriales.					

Los resultados indican que la mayoría de las escuelas cumplen la ley. Sin embargo, las áreas omitidas en estos códigos son motivo de preocupación, además de aquellas áreas reguladas

contrarias a la ley. En el caso de embarazo y el VIH, casi el 80% de los reglamentos escolares no hacen mención a ellos y más del 60% de ellos omite toda mención sobre la conducta sexual. Con todo, se aprecia que el embarazo tiene mayor registro en los reglamentos escolares y donde parece haber una mayor conciencia de la discriminación. Todos los entrevistados del estudio señalaron que las normas internas se modificaron con posterioridad a la reforma legal, pese a la instrucción ministerial de 1991 que instaba a las escuelas a no sancionar a las adolescentes embarazadas. En todos los casos estudiados en que se menciona el embarazo, el reglamento escolar sigue la idea de la licencia de maternidad establecida en la legislación laboral. Es decir, un permiso a partir del séptimo mes de embarazo por lo que la adolescente no asiste a clases, pero va una vez a la semana a recoger sus tareas y a rendir pruebas, luego regresa después de un período de tres meses post parto. En una de las escuelas del estudio de casos, la licencia de pre natal se adelantó argumentando que la escuela no tenía las condiciones necesarias para acoger a las estudiantes más allá de una cierta etapa del embarazo, basando esta decisión en los posibles riesgos en caso de accidente.

Fue un resultado inesperado saber el número de escuelas que regula la sexualidad o su expresión en forma contraria al derecho a la intimidad de los estudiantes (37,5%), cifra comparable a los resultados sobre el procedimiento y la disciplina. En las escuelas de ambos sexos, “pololear” en general no está prohibido, pero sí lo están las expresiones de “gran afecto”. El lenguaje utilizado en ocasiones es obsoleto y oscuro para la cultura juvenil. A veces se utilizan conceptos vagos como “contrario a la moral y las buenas costumbres”. De hecho, algunos interpretan esto como inclusivo de besos y caricias, mientras que otros consideran que se refieren a relaciones sexuales dentro de la escuela. La finalidad de estas normas, según los entrevistados, es asegurar que los estudiantes no crean que la escuela es un parque o el salón de su casa. En un caso, se pudo comprobar que un reglamento prohíbe pololear o acariciarse dentro de una cierta distancia de las instalaciones del establecimiento.

Las escuelas también cuentan con normas no siempre escritas sobre la orientación sexual. Las entrevistas mostraron reacciones variadas hacia la homosexualidad. Las/los estudiantes entrevistada/os hablaron de sus compañeros gays y lesbianas, pero esta situación no siempre fue reconocida por los directores o docentes. Una respuesta común entre las/los estudiantes fue que “los gays” no son discriminados, en tanto no tengan una actitud abiertamente homosexual. Un director señaló que “no debía estar obligado a aceptar aquello que la sociedad no ha aceptado”. Tanto estudiantes como apoderados/as reconocieron en las entrevistas que se producen casos de expulsión o cancelación de matrícula por la orientación sexual de las/los estudiantes. Es interesante enmarcar estas opiniones en el contexto de los resultados de una encuesta realizada a estudiantes y profesores. El 79% de los estudiantes y el 81% de los profesores sostienen que ni lesbianas ni homosexuales deben ser obligados a ocultar su orientación sexual⁴⁷. En relación a la discriminación de las embarazadas adolescentes, la encuesta indica que el 90% de los padres declaró que las niñas no deben ser expulsadas o sancionadas; el 82% de los estudiantes y el 75% de los docentes opinaron de la de la misma forma.

Estos resultados muestran la dificultad que enfrentan las escuelas chilenas cuando se trata de reconocer que las/los niñas/os y las/los adolescentes son seres sexuados. La omisión y el incumplimiento da cuenta muy bien del desafío que supone reconocer a las/los jóvenes estudiantes como titulares de derechos. Las entrevistas con las/los estudiantes son un testimonio de la existencia del reconocimiento de “otros”, incluidas las lesbianas y los gays y las madres adolescentes. El mundo adulto no alcanza a ver ni a apreciar la diversidad social como lo hacen las/los jóvenes.

47 MINISTERIO DE EDUCACION. Comisión de evaluación y recomendaciones sobre educación sexual. Op. cit. 23.

Tercer tiempo: la represión de la sexualidad

Esta narrativa da cuenta de una sexualidad castigada en el entorno educativo y de la falta de reconocimiento de derechos, lo que se traduce en polémica cuando la sexualidad adolescente emerge.

En el plano judicial, la sexualidad se considera una virtud moral objetiva, que se circunscribe a los adultos. Un ejemplo de ello es el caso que se presentó en contra de una estación de televisión de Chile y que buscaba una sanción por haber exhibido un programa donde aparecían adolescentes en un juego llamado “striptease cultural”, en el que las adolescentes se quitaban algunas piezas de ropa y bailaban sensualmente⁴⁸. Un tribunal dictaminó que este programa no era aceptable, indicando que la serie invitaba a las/los menores a seguir los comportamientos que resultan más adecuados para el mundo de los adultos, junto con enviar un mensaje donde la sexualidad aparece como desprovista de afecto⁴⁹.

En los últimos años, varios casos de estudiantes lesbianas y gays han exigido que el Ministerio de Educación adopte medidas contra las prácticas discriminatorias en la escuela. La percepción de los ideales de la abstinencia y la castidad que algunas escuelas confesionales y no confesionales persiguen crea una cultura de control y represión⁵⁰ que afecta todas las expresiones de sexualidad juvenil. A finales de 2007, los medios de comunicación informaron que un par de adolescentes fueron suspendidos de la escuela cuando solicitaron información al orientador del

48 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol N° 10592-03, de 19 abril 2004. [En línea] <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=causas/por_rol_solo_tribunal.php?corte=7&codigotribunal=6051007> [Consulta: 20 de febrero de 2009].

49 Ibid., considerando 8°.

50 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2008, p. 242 y CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2007, p.293-295.

liceo sobre el uso de la “píldora del día siguiente”. La sanción fue levantada una vez que el Ministerio de Educación intervino⁵¹.

La discriminación de género también estuvo presente en el caso de una niña cuya matrícula fue cancelada después de que se subieran a internet imágenes grabadas sin su conocimiento o consentimiento, que fueron captadas mientras tenía sexo oral con otro estudiante en un espacio público. Ella fue sancionada, pero no su pareja sexual ni quien grabó las imágenes. La escuela declaró que la niña había comprometido la reputación de la escuela y a todo el alumnado femenino⁵².

En el 2005, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) lanzó su “Brigada Gay Juvenil”, la que marchó hasta el Ministerio de Educación para instar al respeto de los derechos de las estudiantes gays y lesbianas⁵³. El 2004 habían marchado 300 estudiantes secundarios cuando dos de sus pares fueron expulsados. Finalmente, la medida se revocó por la intervención de la autoridad central⁵⁴.

La discriminación contra las lesbianas y los gays es constantemente reportada por las/los activistas y son pocos aquellos casos en que obtienen intervención⁵⁵. La primera encuesta de la “Marcha del Orgullo y Diversidad Sexual en Chile” encontró

51 GUTIERREZ, Nicolás. Alumnos de octavo básico: suspendidos por pedir la ‘píldora’. [En línea] El Mercurio, 27 de noviembre de 2007. <<http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id=%7Bbf0b0c98-2f94-4300-a299-fca6f33795f2%7D>> [Consulta: 29 de agosto de 2010].

52 COLEGIO La Salle saca lecciones de un hecho que lo conmocionó. [En línea] El Mercurio, 7 octubre 2008. <<http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={a8069b68-0a01-4048-a23c-6bf80fe9f727}>> [Consulta: 29 de agosto de 2010].

53 MOVIMIENTO DE INTEGRACION Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL. Lanzan primera brigada de estudiantes gays y lesbianas de enseñanza media. [En línea] Movilh, 8 de mayo 2005. <http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=255> [Consulta: 29 de agosto de 2010].

54 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Op. cit., p. 449.

55 MOVILH. Informe Anual. Derechos Humanos Minorías Sexuales Chilenas (Hechos 2007). [En línea] Santiago, febrero 2008. <<http://www.movilh.cl/documentos/VI-INFORMEANUAL-ddhh-2007.pdf>> [Consulta: 29 de agosto de 2010].

que el lugar de estudios es el espacio donde más predominan las acciones homofóbicas y discriminatorias⁵⁶. Las/los estudiantes homosexuales señalan que se les da un trato discriminatorio y que si los reglamentos señalan que se prohíbe pololear debe aplicarse esta regla a todos, no sólo a los homosexuales⁵⁷.

Epílogo

En Chile ha sido difícil avanzar en el reconocimiento de una mayor diversidad y tolerancia, particularmente en el plano de la sexualidad. Pese a las buenas intenciones que han existido desde la recuperación de la democracia, la implementación de un programa de educación sexual ha enfrentado los reveses de una agenda política cargada de los inconvenientes y trabas instigados por las fuerzas conservadoras que niegan la titularidad de derechos de las/los jóvenes. Los arreglos institucionales y políticos hacen que sea difícil cualquier reforma que abarque un programa universal de educación sexual mientras la retórica conservadora siga afirmando que la familia es la fuerza central de la educación, a pesar de que la información fáctica revela que éstas no son la fuente primaria de información para los adolescentes. Ejemplo de ello son las reiteradas polémicas y batallas judiciales en torno a la distribución de la “píldora del día después” a las adolescentes, donde se argumentó que los padres eran los únicos que debían hablar con sus hijos sobre la sexualidad y no el Estado, pese a lo que demuestran los datos⁵⁸.

A mediados del 2009 un dictamen de la Contraloría General de la República rechazó que los municipios, dentro de la esfera

56 BARRIENTOS, Patricio, MEZA, Fabiola, GOMEZ, Susan et al. Política, Derechos, Violencia y Diversidad Sexual. Primera Encuesta Marcha del Orgullo y Diversidad Sexual, 2007. Santiago, Instituto de Medicina Social, CLAM. 2008, p. 39.

57 ¿CÓMO SE VIVE la homosexualidad en el Escuela? Una experiencia para repensar la educación sexual. Revista Docencia. X (26):62-66, agosto de 2005, p. 66.

58 MINISTERIO DE EDUCACION. Comisión de evaluación y recomendaciones sobre educación sexual. Op. cit.

de su autonomía, pudieran entregar el anticonceptivo. Esta decisión generó en el fragor electoral nuevos bríos para una reforma legal, que incluyera, entre otros aspectos, la garantía de acceso efectivo a todos los métodos anticonceptivos y a la educación sexual para adolescentes. Este proyecto de ley se promulgó en enero de 2010, al día siguiente del *ballotage*⁵⁹. Michelle Bachelet logró insertar el lenguaje de los derechos, pero aún falta la reglamentación de esta legislación, por lo que aún no es posible medir la eficacia de este cuerpo legal.

El cambio de gobierno también marca un cambio en lo cultural. Hoy algunos se aferran a seguir manteniendo un discurso en torno a la abstinencia y negación de la sexualidad, en una cultura del silencio que ya emergió en el seno de las nuevas autoridades de gobierno⁶⁰ y el retiro de materiales para docentes elaborados desde el programa de educación en sexualidad porque se estimó que no contribuían y contenían material explícito de sexo⁶¹.

Muchos se aferran a seguir manteniendo un discurso en torno a la abstinencia y negación de la sexualidad, en una cultura del silencio, la cual emergió en el seno de las nuevas autoridades de gobierno⁶². Hay otras señales: el retiro de materiales para docentes elaborados para el programa de educación en sexualidad,

59 Ley 20.418, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010.

60 En agosto 2010 se filtró a los medios de comunicación una minuta de discusión del Servicio Nacional de la Mujer para enfrentar el embarazo y sexualidad adolescente. La minuta instaba a la abstinencia y a retrasar el inicio de las relaciones sexuales al momento del matrimonio. SITIO WEB religioso inspira minuta del SERNAM sobre familia. [En línea] El Mostrador, 2 de agosto de 2010. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/08/02/sitio-web-religioso-inspira-minuta-del-sernam-sobre-la-familia/>> [Consulta: 29 de agosto de 2010]

61 LA NACION. Enlaces revisa curso de sexo denunciado por Puente Alto. 12 agosto 2010. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100812/pags/20100812094203.html> [citado el 30 de agosto 2010].

62 En agosto 2010 se filtró a los medios de comunicación una minuta de discusión del Servicio Nacional de la Mujer para enfrentar el embarazo y sexualidad adolescente. La minuta instaba a la abstinencia y a retrasar el inicio de las relaciones sexuales al momento del matrimonio. SITIO WEB religioso inspira minuta del SERNAM sobre familia. [En línea] El Mostrador, 2 de agosto de 2010. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/08/02/sitio-web-religioso-inspira-minuta-del-sernam-sobre-la-familia/>> [Consulta: 29 de agosto de 2010].

se estimó que contenían material explícito de sexo y no contribuían en nada⁶³.

En los últimos años Chile ha recibido las recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, donde se le solicita que adopte leyes, políticas y programas que respeten los derechos humanos en el ámbito de la reproducción y la sexualidad⁶⁴. En el presente *status quo*, los derechos humanos de las/los adolescentes son involucrados y, en última instancia, son violados. Esta situación es incompatible tanto con la legislación nacional como internacional de derechos humanos. Si la política sobre el sexo y la sexualidad no considera a las/los jóvenes como titulares de derechos, Chile no sorteará los desafíos a la plena observancia de los derechos humanos.

63 ENLACES revisa curso de sexo denunciado por Puente Alto. [En línea] La Nación, 12 de agosto de 2010. <<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100812/pags/20100812094203.htm>> [Consulta: 30 de agosto de 2010].

64 COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones Finales: Chile. 56º Sesión, 26 de noviembre de 2004, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105; COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Concluding Observations: Chile. U.N. 3 de abril de 2002, Doc. CRC/C/15/Add.173.

Heteronormatividad, Mujeres Lesbianas y un Enfoque Relacional a los Derechos

Sandra Dughman Manzur,

Magíster en Derecho (LL.M., Universidad de Toronto, becaria Fundación Ford), Abogada (Corte Suprema de Chile), Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile) y Bachiller en Teología (CET-Chile). Se desempeña como Asociada de Programa en la Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo (AWID). Desde 2009 colabora con el Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva (Facultad de Derecho, Universidad de Toronto) generando investigación académica e informes en derecho para tribunales locales e internacionales. Es miembro y ex-alumna del Canadian Institutes of Health Research (CIHR) y del Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva. Correo electrónico de contacto: sdughman@awid.org.

Resumen

La mujer lesbiana no ostenta una pertenencia íntegra al Estado/nación. La heteronormatividad y el heterosexismo institucionalizado impulsan la heterosexualidad como elemento definitorio del ámbito social y político liberal. La mujer lesbiana comienza a ser representada política y socialmente mediante su normalización, pero no es integrada completamente en su ciudadanía. Su integración se produce al reconcebir la autonomía desde un enfoque relacional como el descubrimiento de “nuestra propia ley”, que nos libera de las relaciones opresivas y las transforma. Dicho descubrimiento se produce en un espacio moral y legal conocido como el “dominio imaginario”. Las instituciones públicas deben proteger este espacio y fomentarlo. A su vez, aquellos que crean políticas públicas y que interpretan valores sociales deben comprometerse a mantener un diálogo social constante y dinámico con la mujer lesbiana. La finalidad última es que este incipiente sujeto de derechos se constituya también en fuente de valoración y auto-representación.

Introducción¹

Dentro de una concepción liberal de derechos fundamentales, la autonomía y la ciudadanía de las mujeres lesbianas² están en desventaja. El paradigma heterosexual, inmerso en nuestro sistema jurídico, se entiende como un fenómeno natural y no como una construcción política o cultural. Dicho entendimiento tiene como resultado que una serie de “privilegios”, fomentados por el Estado a través de sus normas jurídicas e instituciones públicas, se dirijan exclusivamente a aquellos que, se definen o actúan dentro de los parámetros de la monogamia heterosexual³.

Las sutiles y grandes diferencias que existen entre mujeres lesbianas y heterosexuales impiden que la inequidad, que enfrentan aquellas que optan por una sexualidad diversa, se solucione mediante una fórmula de igualdad formal. El amoldamiento de la mujer lesbiana a un estilo de vida heterosexual no es posible. Las instituciones que se han creado en función del patriarcado y la premisa de superioridad del hombre sobre la mujer y que tienen como función subyugarla y estereotiparla como la encargada de “poblar la tierra” no son deseables, ni reproductibles.

Desde este sistema institucional opresivo surge la demanda por un espacio que nos permita volver a concebir nuestras diferencias más allá de nociones arbitrarias. Un lugar dentro de las normas jurídicas y su aplicación práctica en el cual se re Cree el concepto de los “derechos fundamentales” de forma tal que reconozcan y amparen la libertad necesaria para imaginar

1 Todas las citas cuyo original se encuentran en inglés han sido traducidas al castellano por la autora de este artículo, a no ser que se indique lo contrario.

2 Para los efectos de este artículo, agrupamos dentro del concepto de “mujeres lesbianas” a todas aquellas personas que se auto-identifican como “mujer” y que mantienen relaciones sexuales y emocionales con otras personas que también se auto-identifican como “mujer”.

3 RYDER, Bruce. Straight Talk: Male Heterosexual Priviledge. Queen's Law Journal. 16(2):287-312, 1991, p. 290.

nuestras diferencias sexuales,⁴ dentro de un marco contextual y sin olvidar nuestra naturaleza social⁵.

La lesbiana como sujeto y ciudadana reclama reconocimiento legal y político. Dicho reconocimiento debe apuntar primeramente a su visibilidad social y luego a concebirla como fuente de significado y representación legítimos⁶. Aquello, implica su participación activa en la reconstrucción de valores humanos fundamentales, instituciones y relaciones. Los derechos de una persona se constituyen y forman por sus relaciones, y es únicamente dentro de este contexto, que sus capacidades pueden ser protegidas y conceptualizadas de forma que promuevan su bienestar. Sólo de esta manera podremos visualizar una verdadera membresía social y política que sea inclusiva y valorativa de la diferencia.

En el siguiente artículo argumentaré que la heteronormatividad institucional, dentro de un concepto liberal de derechos y ciudadanía, impide a la mujer lesbiana una pertenencia íntegra al Estado/nación. En este sentido, un enfoque relacional que informe un nuevo contenido a los conceptos de ciudadanía, derechos y particularmente autonomía, logrará impulsar la transformación institucional, política y social necesaria para poner término a la discriminación subyacente que prevalece en el heterosexismo institucionalizado, y transformar a este incipiente sujeto de derechos (la mujer lesbiana) en fuente de significado valórico.

4 CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom*. Princeton, Princeton University Press, 1998, p. 6.

5 NEDESLKY, Jeniffer. *Law, Autonomy, and the Relational Self*. Prontamente en Oxford University Press, 2011, Capítulo 3.

6 CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom*. Op. cit., p. 6.

Heteronormatividad, heterosexismo y pertenencia al Estado/nación

La heteronormatividad presupone que existe un orden natural dentro de la estructura de las relaciones humanas. Este orden natural se manifiesta socialmente en la composición de las relaciones familiares y de género, por tanto, de acuerdo a una mirada tradicional “existen diferencias naturales y fundamentales entre los hombres y las mujeres.”⁷ Más aún, la atracción por el sexo opuesto, y así el matrimonio entre un hombre y una mujer es—de acuerdo a esta visión—la manifestación normal y natural de un orden preestablecido, ya sea por la fuerza de la naturaleza o la creencia religiosa, que perpetúa la cosificación y subordinación de las mujeres y de las manifestaciones alternativas de sexualidad.⁸

La concepción liberal de los derechos constitucionales, particularmente la interpretación, contenido y aplicación que los tribunales de justicia dan a los mismos, está calada con este tipo de concepciones sociológicas respecto al significado de la mujer, el hombre, la familia, la reproducción y la ciudadanía. A pesar de la evolución que ha sufrido la sociedad postmoderna, el orden “natural” explicado a través de consideraciones biológicas es la justificación subyacente para obstruir la capacidad de agencia que toda mujer lesbiana posee para construir su vida y su familia de acuerdo con su autonomía.

Dentro del contexto Canadiense, por ejemplo, Brenda Cossman⁹ sugiere que los gays y las lesbianas se encuentran en proceso de convertirse en sujetos plenamente reconocidos y miembros igualitarios dentro de la organización política de la

7 RYDER, Bruce. Straight Talk: Male Heterosexual Priviledge. Op. cit., p. 288.

8 *Ibíd.*

9 Véase: COSSMAN, Brenda. Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Osgoode Hall Law Journal* 40(3):223-250, 2002; COSSMAN, Brenda. *Sexual Citizens. The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging.* Stanford, Stanford University Press, 2007.

sociedad.¹⁰ Principalmente, mediante la capacidad de invocar los derechos y las prácticas culturales y políticas que denotan la adhesión a un Estado/nación (p.ej. mediante la capacidad de contraer matrimonio legítimamente).¹¹ Ella afirma que con la reciente incorporación del sujeto homosexual “la ciudadanía está siendo sexuada, privatizada, y auto-disciplinada.”¹²

El discurso judicial que dominaba las democracias occidentales modernas—y que aún sigue dominando ciertas sociedades en que las relaciones iglesia/estado no están del todo claras o separadas—se basaba en la familia nuclear heterosexual como la estructura natural para la crianza y cuidado de otros miembros dependientes.¹³ Es decir, otorgaba preeminencia a la forma por sobre la función y al establecimiento legal de una familia conceptual basada en el binario masculino/femenino. Sin embargo, la progresiva integración, reconocimiento y fusión de otros sujetos de derecho dentro de la concepción monógama de la familia ha virado levemente el énfasis hacia la función en vez de la forma. Es decir, la familia, más que la estructura fija de un hombre, una mujer e hijos, es ahora el lugar en el cual se cuida de otros seres dependientes dentro de una relación sexual monógama normalizada. En un sistema político liberal con una clara separación entre las esferas públicas y privadas de la vida, las parejas lesbianas comienzan a ser legitimadas mediante su normalización y familiarización.¹⁴

La jurisprudencia, en la aplicación e interpretación de los derechos constitucionales es permeable a la visión social que los jueces tienen respecto de concepciones estereotipadas sobre configuraciones sociales, relaciones apropiadas y valores preeminentes. Por ejemplo, a finales de los ochenta, mediante un caso

10 COSSMAN, Brenda. *Sexual Citizens. The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*. Op. cit., pp. 2, 160 y 162.

11 *Ibíd.*, p. 5.

12 *Ibíd.*, p. 2.

13 COSSMAN, Brenda. *Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Op. cit., p. 246.

14 *Ibíd.*

conocido como *Andrews v. Ontario*,¹⁵ la Corte Suprema canadiense sostuvo que las parejas del mismo sexo eran biológicamente diferentes de las parejas heterosexuales, y que por tanto no tenían derecho a una igualdad formal.¹⁶ Seguido de *Layland*¹⁷ y *Mossop*¹⁸ la Corte continuó basándose en supuestas diferencias biológicas para reforzar la idea de que la “familia no incluía a parejas del mismo sexo.”¹⁹ Con *Egan*,²⁰ la Corte estableció que una definición de cónyuge basada en diferencias de sexo violaba la sección 15 sobre igualdad de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta Fundamental de Derechos y Libertades Canadiense) constituyendo discriminación, aunque esta fuera justificable en virtud de la sección primera de la misma²¹ por razones de índole biológicas.²² En *Vriend*²³ hubo una innovación, la opinión mayoritaria juzgó que discriminar en contra de lesbianas y gays infringía la sección 10 constituyendo discriminación no justificable en base a la sección primera.²⁴ Más aún en *M. v. H.*,²⁵ además de reconocer la legi-

15 Véase *Andrews v. Ontario* (Minister of Health) (1988), 49 D.L.R. (4th) 584 (Ont. H.C.).

16 COSSMAN (2002), ob. cit., p. 225.

17 Véase *Layland v. Ontario* (Minister of Consumer and Commercial Relations) (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Ct. Gen. Div.).

18 Véase *Mossop v. Canada* (A.G.), [1993] 1 S.C.R. 554.

19 COSSMAN, Brenda. *Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Op. cit., p. 228.

20 Véase *Egan v. Canada* (1993), 103 D.L.R. (4th) 336 (F.C.A.), aff'd [1995] 2 S.C.R. 513.

21 La *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta Fundamental de Derechos y Libertades Canadiense) establece en su sección primera que “garantiza los derechos y libertades establecidos en ella con sujeción únicamente a los límites razonables prescritos por ley en tanto puedan ser manifiestamente justificados en una sociedad libre y democrática.” CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS. Part I of the Constitution Act, 1982, Promulgada el 29 de marzo de 1982. [En línea] <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> (en inglés) [Consulta: 10 de junio de 2009]

22 COSSMAN, Brenda. *Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Op. cit., pp. 229 y 230.

23 Véase *Vriend v. Alberta* (1996), 181 A.R. 16 (C.A.).

24 COSSMAN, Brenda. *Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Op. cit., p. 231 y 232.

25 Véase *M. v. H.* (1996), 142 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), aff'd [1999] 2 S.C.R. 3.

timidad de las relaciones homosexuales, afirmó la necesidad de protegerlas jurídicamente.²⁶

Cossmán reconoce que *M. v. H.*²⁷ “introdujo un nuevo sujeto jurídico,”²⁸ formado a través del discurso de la igualdad formal y desviado de la exclusión tradicional basada en las diferencias biológicas. Este nuevo sujeto desplazó el heterosexismo de la subjetividad jurídica en el contexto familiar.²⁹ Sin embargo, el problema que Cossmán ve en este nuevo reconocimiento es que ninguna de las estructuras tradicionales han sido reconceptualizadas, es más, esta nueva subjetividad legal se ha conformado y normalizado según la ya tradicional definición de las relaciones familiares:

Mientras que la heteronormatividad de la familia puede haber sido desafiada, su rol en un mundo crecientemente privatizado no lo ha sido, y los sujetos jurídicos gays y lésbicos han sido absorbidos dentro de esta familia.³⁰

El precedente judicial canadiense más importante y que desafía la concepción heterónoma de la composición familiar es *Halpern*.³¹ Es aquí donde la Corte declaró que la definición de familia otorgada por el derecho común inglés, que excluía a las parejas de mismo sexo, constituía una causal de discriminación análoga a las establecidas expresamente en la Carta Fundamental Canadiense creando, por tanto, una distinción formal en base a la orientación sexual. Aplicando el *read-in-remedy*³² la Corte

26 COSSMAN, Brenda. *Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Op. cit., p. 234.

27 *M. v. H.*, ob.cit.

28 *Ibíd.*, p. 245.

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*, p. 238.

31 *Halpern v. Canada (Attorney General)* [2003] O.J. No. 2268 (ONCA)

32 Remedio judicial de lectura interpretativa mediante el cual las cortes leen más allá de lo establecido literalmente por las palabras integrando nuevos significados a la ley.

invalidó la antigua definición informada por el derecho común³³ e introdujo una nueva que la define como “la unión voluntaria y de por vida de dos personas con exclusión de cualquiera otra.”³⁴ La Corte concluyó que la institución del matrimonio influenciaba profundamente las relaciones de igualdad y dignidad y que, por tanto, era necesario incluir dentro de la misma a las parejas del mismo sexo.³⁵

En este contexto, la heterosexualidad ya no define en su esencia todas las formas de pertenencia y membrecía al Estado/nación.³⁶ Las mujeres lesbianas han adquirido derechos y deberes y, en cierta medida, han sido incluidas dentro de la ciudadanía. Esta inclusión implica una conformación a estándares fijos y al mismo tiempo, una contribución a la reconstrucción del contenido conceptual de pertenencia y subjetividad jurídica.³⁷ Sin embargo, la ciudadanía es más que un juego o una tensión entre la pertenencia y la inclusión, representa una transformación de los fundamentos de cómo se entiende y practica la ciudadanía, derogando la heteronormatividad “más allá de la dicotomía homosexual/heterosexual.”³⁸

A pesar de este avance, las instituciones y su regulación jurídica continúan contribuyendo a privilegiar y beneficiar a las personas heterosexuales.³⁹ El peso tradicional entre los intereses privados y públicos, y la incapacidad de entender la situación de una persona de acuerdo a sus circunstancias sociales y sus relaciones, junto con una concepción tradicional de derechos, no le han permitido a la mujer lesbiana lograr ser un verdadero sujeto jurídico visible, capaz y empoderado, que a través de la

33 Dicha definición incluía como elemento central la unión voluntaria y de por vida de un hombre y una mujer.

34 *Halpern v. Canada*, ob. cit., párrafos 155 y 156.

35 NEDES�KY, Jeniffer. Law, Autonomy, and the Relational Self. Op. cit., Capítulo 6.

36 COSSMAN, Brenda. Sexual Citizens. The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging. Op. cit., p. 9.

37 *Ibíd.*, pp. 9 y 10.

38 *Ibíd.*, p. 2.

39 RYDER, Bruce. Straight Talk: Male Heterosexual Privilege. Op. cit., p. 293.

toma de decisiones que alteran sustancialmente su vida, pueda contribuir a un resultado democrático que fortalezca un contenido valórico social dinámico.

Autonomía: descubriendo “nuestra propia ley” a través del “dominio imaginario”

La tradición liberal ha fusionado autonomía con independencia. Su objetivo principal consiste en señalar límites al Estado y a otros ciudadanos estableciendo un “muro de derechos” que protegen al sujeto de los abusos de poder. La lógica inmersa en esta particular visión política es que el “hombre más perfectamente autónomo es, pues, el más perfectamente aislado.”⁴⁰ Sin embargo, esta construcción liberal de autonomía sólo puede ser posible dentro de una concepción ficticia del ser.⁴¹ La naturaleza humana demuestra ser dependiente de las relaciones y, por lo tanto, la autonomía sólo es posible si desarrollamos relaciones que la fomenten y permitan, en lugar de preocuparnos en desarrollar el montaje de un complejo mecanismo proteccionista para salvaguardarnos en contra del Estado, las instituciones públicas o cualquier otra relación relevante.⁴²

Más aún, las capacidades humanas se desarrollan en el contexto de las relaciones y es “únicamente dentro del contexto de esas relaciones que uno puede entender cómo fomentar las capacidades, definir y proteger los derechos, o promover su bienestar.”⁴³ Debido a esto, necesitamos alejarnos de aquella percepción individual del ser y acercarnos hacia una multiforme percepción que incluya, como ingrediente esencial, la dimensión social de lo humano. Aquí, la interdependencia es central para la vida política, sobre todo la interrogante sobre cómo garantizar la autodeterminación dentro del contexto de las fuerzas colectivas, de forma

40 NEDESLKY, Jeniffer. *Law, Autonomy, and the Relational Self*. Op. cit., capítulo 3.

41 *Ibíd*

42 *Ibíd*.

43 *Ibíd*.

tal, que incluya las relaciones sociales, políticas, afectivas, etc. que sean relevantes y enriquezca el antiguo método del examen de conflictos de derechos e intereses.⁴⁴

Asimismo, los gobiernos deben preocuparse de liberar a sus miembros de las relaciones opresivas. Estas relaciones promueven estereotipos y discriminaciones subyacentes que ensamblan una definición impuesta y arbitraria sobre el ser de una persona y sobre cómo debe comportarse o a lo que tiene derecho.⁴⁵ Un enfoque relacional del ser, sirve el propósito de distinguir entre aquellas estructuras de relaciones que promueven la autonomía de aquellas que la socavan.⁴⁶ Por ejemplo, las parejas lesbianas que intenten ejercer su derecho a tener hijos mediante la utilización de tecnologías reproductivas, es decir mediante la ayuda del Estado, se encuentran sujetas a sus requerimientos burocráticos, formándose así relaciones de poder y dependencia. El Estado, de acuerdo al enfoque relacional, debiera preocuparse del tipo de relaciones que está promoviendo dentro de un examen contextual de las mujeres lesbianas y sus necesidades. En las palabras de Nedelsky:

El propósito de enfocarse en el papel central de las relaciones no es el de valorizarlas como tales, ni es tampoco asumir que todas las relaciones existentes merecen ser preservadas. Por el contrario, el objetivo es exactamente distinguir entre aquellas estructuras de relación que promueven la autonomía de aquellas que la menoscaban (...) Es sólo cuando tal atención a la relación sustituye a la mera estipulación de autonomía como una característica humana, que el concepto de autonomía puede guiar la transformación de las relaciones destructivas hacia aquellas que promueven la autonomía de todos.⁴⁷

En este contexto, Jennifer Nedelsky propone reconcebir la autonomía como “ser gobernado por la propia ley.”⁴⁸ Es decir, una persona debe ser capaz de desarrollar y mantener la capacidad de

44 *Ibíd.*, capítulo 6.

45 *Ibíd.*, capítulo 3.

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.*

encontrar su propia ley y de analizar y juzgar “que estructuras de poder, patrones de conducta en las relaciones, y prácticas personales fomentan aquella capacidad.”⁴⁹ Llegar a ser plenamente autónomos, es decir, encontrar “nuestra propia ley”, no es una tarea solitaria, sino que sugiere un viaje “delineado por la sociedad en la cual vivimos y las relaciones que forman parte de nuestra vida.”⁵⁰

La capacidad de llegar a ser autónomos está íntimamente ligada con el entendimiento, análisis y juicio de nuestras relaciones, y la distinción y promoción de aquellas que fomentan la autonomía. “Nuestra propia ley” está inmersa en el individuo pero no necesariamente se forma por el individuo. Éste la desarrolla en conexión con otros mediante un proceso de reconocimiento y afirmación. Esta ley se basa en los valores, límites, orden y comandos que vienen desde dentro del individuo, una combinación entre el derecho y la libertad.

El camino para descubrir “nuestra propia ley” puede combinarse con el “dominio imaginario” de Drucilla Cornell. Aunque Cornell está claramente vinculada a una concepción clásica de autonomía como independencia, lo que aquí interesa rescatar es ese espacio íntimo moral y legal de la búsqueda.⁵¹ Para ser exactos, un espacio de libertad para “recrearnos como seres sexuales, como personas con emociones y racionalidad” libres de toda definición jerárquica del ser.⁵² Tanto Nedelsky como Cornell están de acuerdo en liberar al ser de las imposiciones y opresiones externas; sin embargo, Cornell se centra en la protección de los derechos individuales como la principal herramienta para adquirir esta libertad y Nedelsky, sin abandonar los derechos, concibe una transformación de las instituciones y de las relaciones desde su calidad de opresivas hacia una calidad de protectoras de la autonomía.

49 *Ibíd.*

50 *Ibíd.*

51 CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom*. Op. cit., p. 15.

52 *Ibíd.*, p. ix.

El “dominio imaginario” es una invitación a participar de las riquezas de la vida dentro de la libertad, para así evaluar y representar quiénes somos cuando nos liberamos de toda imposición sexual.⁵³ Cornell centra su análisis en la igualdad social, que ella interpreta como la emancipación de las opciones sexuales impuestas por el Estado y de las instituciones que refuerzan aquellas imposiciones.⁵⁴ Ella afirma que cuando cada persona tenga “derecho” al “dominio imaginario”, entonces el Estado no podrá forzar a una persona a jugar un rol determinado, ya sea por ley, o por manipulación de las instituciones sociales. Ella construye esta libertad desde la perspectiva de la libertad sexual, una libertad sexual que no pretende sustituir a la igualdad sino que redefinirla de forma que pueda servir a la libertad.⁵⁵ La concepción implementada por Cornell se encuentra inmersa en el reconocimiento corporal del ser como un “ser sexuado.”⁵⁶ Enriquecido por el “dominio imaginario,” ella considera la sexualidad como un ingrediente clave de la autodefinition.⁵⁷ El imago sexual es inseparable del ego corporal y por tanto, denegarle a una persona vivir su ser sexuado es como “socavar el más básico ser del ser”⁵⁸.

Las mujeres lesbianas incluyen dentro de su igual valor intrínseco la capacidad de generar su propia evaluación de las decisiones que afectan su vida, y esas evaluaciones, no solo deben ser razonadas por los tribunales de justicia como factores o elementos a tomarse en consideración, sino que como aspectos esenciales de una persona concebida políticamente libre.⁵⁹ La capacidad de generar y evaluar los planes de vida

53 *Ibíd.*, p. ix, x, xi.

54 *Ibíd.*, p. xi.

55 *Ibíd.*, p. xii.

56 *Ibíd.*, p. 8.

57 *Ibíd.*

58 *Ibíd.*, p. 37.

59 *Ibíd.*, p. 19.

como, por ejemplo, la opción de concebir un hijo mediante el uso de técnicas de reproducción asistidas, sólo es posible dentro de un “dominio imaginario” protegido y promovido institucionalmente. Las instituciones que sean reconcebidas para amparar y promover este nuevo concepto de autonomía, deben tener como objetivo el provocar, dentro de los miembros de una sociedad, un bienestar definido por su propio contexto y entendimiento, dando prominencia a un set particular de valores donde este nuevo sujeto lésbico, reconocido y legitimado, es invitado a participar de su construcción, definición, conceptualización e interpretación.

El “dominio imaginario” es un espacio moral que nos permite imaginar quiénes somos cuando nos constituimos en nuestro propio fin y nos reivindicamos como nuestra propia persona.⁶⁰ Este “santuario inviolable” debe ser definido por la persona, ya que no son el derecho o el Estado los encargados de conceptualizar la diferencia sexual o de constituirle en fuente de significado, sino que de reconocer aquella conceptualización y ampararla.⁶¹ El “dominio imaginario” entrega al individuo el derecho a exigir la auto-representación de su ser sexuado con el fin de convertirse en una fuente reconocida de valores morales y jurídicos.⁶² Encarnando, así, el significado de la diferencia sexual de forma consistente con la libertad.⁶³ No obstante, dentro de un contexto liberal, la ansiedad por la libertad se soluciona mediante la individuación, la liberación de las relaciones para convertirnos en nuestras propias personas.⁶⁴ Esta inalcanzable y ficticia visión teórica de la realidad funciona más como fuente de frustración que como un incentivo, ya que el individuo no puede separarse de la historia y la cultura que le hacen ser quien es. Considerar

60 *Ibíd.*, p. 8.

61 *Ibíd.*, p. 23.

62 *Ibíd.*

63 *Ibíd.*, p. 19.

64 *Ibíd.*, *ob. cit.*, p. 63.

nuestras relaciones en lugar de excluirlas, y transformar aquellas que fomentan la opresión para que promuevan la autonomía es una respuesta más coherente.

Mujeres lesbianas, instituciones públicas y derechos

El estado de derecho exige a las instituciones básicas que evalúen a todos los habitantes como “personas libres e iguales” cuyos derechos no pueden ser “fácilmente anulados en el nombre de un bien superior”. Así también, nuestras diferencias sexuales son valorativamente equivalentes entre sí.⁶⁵ Éstas enriquecen la vida social y cultural de la sociedad haciendo necesaria su visibilidad y celebración. En Chile, mediante fallos judiciales más bien marcados por creencias basadas en el fundamentalismo religioso de la iglesia católica, los tribunales de justicia no necesariamente le exigen *de jure* a las mujeres lesbianas que vivan su sexualidad en secreto—a través de fallos que evidentemente destruyen los conceptos de familia que ellas han creado para ellas mismas—sino que se lo están exigiendo *de facto*.⁶⁶

La democracia de hoy, de acuerdo a la definición y práctica de los actuales gobiernos occidentales, no puede por sí misma

65 *Ibid.*, ob. cit., p. 11.

66 Por ejemplo en Chile, la Corte Suprema le quitó la tuición de sus hijas a una jueza de la República por vivir su sexualidad abiertamente. Si bien la Corte no le exigió a la jueza que escondiera su sexualidad, las terribles consecuencias de la visibilización fueron, este caso, la pérdida de sus hijas. En las propias palabras de la Corte Suprema: “ (...) no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas (...) Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas (...)” Para una completa lectura de la sentencia véase: CORTE SUPREMA. CHILE. Sentencia de 31 de mayo de 2004. Recurso de Queja. [En línea] <http://www.programamujerescdh.cl/media/noticias/Fallo%20Corte_Suprema_caso_Atala.pdf> [Consulta: 3 de noviembre de 2010].

proteger, promover y fomentar la autonomía. En este sentido, Nedelsky opina que “las mayorías democráticas pueden decidir trabar los derechos de los individuos y de las minorías.”⁶⁷ La participación ciudadana no se agota con la posibilidad de elegir a nuestros representantes, o hacer presentaciones ante un tribunal, sino que es necesario también implementar “mecanismos para fomentar y facilitar el planteamiento de preguntas respecto de la compatibilidad institucional con la autonomía.”⁶⁸ Dichos mecanismos tendrán como objetivo analizar e instruir a las instituciones respecto de la naturaleza de la autonomía, guiar las prácticas públicas y privadas para que promuevan y protejan la autonomía y para que provean los recursos necesarios que permitan al cuerpo judicial tener la capacidad de remediar las violaciones cometidas en su contra, con el objeto de que “los ciudadanos/miembros puedan responsabilizar a sus instituciones democráticas.”⁶⁹

Es responsabilidad del Estado crear y guiar las instituciones públicas con el objeto de proteger este valor jurídico. Ahora bien, dicha protección no busca imitar la ya bien conocida responsabilidad negativa de “dejar ser”, sino que incluye la obligación positiva y afirmativa de ofrecer un espacio moral y legal —el “dominio imaginario”— que nos permita encontrar “nuestra propia ley” y así visibilizarnos, autodefinirnos, auto-valorarnos y constituirmos en fuente de significado jurídico, político y social. El “dominio imaginario” no es una esfera de aislamiento solitario. Por el contrario, es dependiente de las relaciones y de las instituciones no sólo en los medios de protección, sino que también en la entrega de contenido. Dar contenido a la búsqueda de “nuestra propia ley” requiere una obligación activa del Estado que facilite el cuestionamiento social y político de las instituciones públicas ponderando todos los procedimientos de adopción de políticas públicas con los contornos de la autonomía.

67 NEDESLKY, Jeniffer. *Law, Autonomy, and the Relational Self*. Op. cit., capítulo 3.

68 *Ibíd.*

69 *Ibíd.*

Las instituciones debieran preocuparse de las experiencias subjetivas que ellas provocan en las vidas que influyen. Todas las personas afectadas por una política o por un proceso de toma de decisión puede ser un participante activo en lugar de un simple destinatario pasivo de aquellas decisiones.⁷⁰ Las instituciones deben estar conscientes de cómo aquellos que interactúan y dependen de estas decisiones experimentan de forma emocional, intelectual y social esas interacciones. Por ejemplo, ¿cómo interactúan las mujeres lesbianas con el sistema de salud y como perciben aquella interacción? Dicha interacción, ¿les permite fomentar su autonomía? El hecho de que existan normativas que exigen restricciones excesivas, requisitos arbitrarios y sin otro fundamento que la imposición de una moralidad determinada ¿se transforman en barreras que interfieren desproporcionadamente en la creación del tipo de familias que ellas quieren construir? ¿Cómo logramos que las mujeres lesbianas formen parte del proceso de creación de políticas públicas que las afectarán directamente?

Las instituciones requieren reconocer la diversidad, estar abiertas a las diferencias y el entendimiento de otros. Los tribunales de justicia al considerar sus decisiones, deben tener cuidado de promover y amparar relaciones que respeten y fomenten la autonomía, invitando a aquellos que van a ser influenciados por esas decisiones a involucrarse en el proceso interpretativo y creativo de las normas jurídicas. Si las mujeres lesbianas dependen del Estado y particularmente del marco normativo de un sistema de salud particular para poder engendrar hijos y construir una familia de acuerdo con su propia ley, entonces esta institución pública debe mantener una flexibilidad que tome en consideración las circunstancias particulares de las mujeres y parejas lesbianas, y su habilidad de construir relaciones que les permitan tener hijos. La población heterosexual no puede constituir

70 *Ibíd.*

el elemento definitorio que separe a aquellos que pueden o no engendrar, o que separe a los buenos de los malos padres.

La autonomía debe “servir como un estándar que mide los resultados democráticos.”⁷¹ Como ya mencionamos, la protección constitucional de la autonomía no es solamente un esfuerzo de protección del individuo dentro de una esfera en la cual el Estado no puede inmiscuirse, sino que puede ser comprendida como la estructuración de relaciones entre el colectivo y el individuo que la fomenta y protege. El mecanismo de responsabilizar a un gobierno a valores dinámicos básicos que han sido establecidos por todos los miembros de la nación, es posible a través del diálogo. En su mayor parte, ese diálogo se lleva a cabo mediante la revisión judicial que permite medir la democracia con sus valores fundamentales.⁷² Una nueva concepción de autonomía dentro de un enfoque relacional moldea las instituciones de manera que se estructuren de forma de entender, escuchar y decidir de acuerdo a los cambios sociales bajo el respeto y la promoción de las relaciones humanas modernas. Esto es, de acuerdo a los valores fundamentales, instituciones y políticas públicas creados y moldeados por las mismas personas a quienes sirven.

Nuestras cartas fundamentales son instrumentos útiles para reconocer que los sujetos sociales tienen derecho a ser protegidos y promovidos, tienen derecho a ser visibles y a ser fuente de representación en sí mismos. La concepción relacional sirve para reforzar la autonomía de las mujeres lesbianas de forma tal de adquirir plena ciudadanía y de reconstruir la igualdad como la capacidad de alcanzar el mayor bienestar del sujeto humano de acuerdo a su propio contexto y relaciones.

Los derechos constitucionales deben servir a múltiples propósitos. No tienen como único fin estructurar relaciones de igualdad entre los ciudadanos y equiparar el desequilibrio de poder entre el ciudadano y el Estado, sino que también deben

71 *Ibíd.*, capítulo 6.

72 *Ibíd.*

preocuparse de las relaciones que se forman entre ellos.⁷³ Un enfoque relacional dentro del análisis judicial sitúa el contexto como un ingrediente clave, revelando las discrepancias entre los valores sociales subyacentes.⁷⁴ Considera cuáles son los valores a los que deben dárseles prominencia y qué tipo de relaciones están estructurando las normas jurídicas entre la ciudadana lesbiana y el colectivo.

Los derechos constitucionales son instrumentos que permiten al ciudadano reclamar ante la ley y las instituciones: libertad e igualdad. El análisis liberal kantiano de éstos admite que el individuo se constituya en fuente de sus propias evaluaciones y en la definición de las diferencias sexuales,⁷⁵ al mismo tiempo que lo protege de las intrusiones impropias y arbitrarias del Estado. No es consistente con una sociedad democrática que dichos derechos sean derogados en nombre de un “bien superior,” deben ser utilizados de forma en que se priorice la libertad de todos y propenda hacia una evaluación igualitaria de nuestras diferencias sexuales.⁷⁶ Sin embargo, el reconocimiento y la protección del derecho a representar nuestro ser sexuado no puede desligarse de aquel espacio donde nuestras relaciones tanto sexuales como filiales son nutridas.⁷⁷ Una verdadera representación del ser, por tanto, se construye e informa tanto por aquel ámbito íntimo y solitario de nuestros deseos, convicciones, instintos, pensamientos, conocimiento, y todo aquello que forma parte de nuestro complejo mundo interior, como de aquellas relaciones que no solamente influyen aquel mundo interior, sino que también le dan contenido.

La interpretación y aplicación de los derechos constitucionales debe guardar coherencia con un significado controvertido y

73 *Ibíd.*

74 *Ibíd.*

75 CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom*. Op. cit., p. 11.

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*, p. 62.

cambiante. Dentro de este marco podemos visualizar los derechos como una decisión colectiva en la implementación de ciertos valores fundamentales que construyen las relaciones de poder, responsabilidad, confianza y obligaciones.⁷⁸ No podemos eludir el hecho de que las diferentes culturas y sistemas políticos puedan interpretar, conceptualizar y aplicar los valores de diferente manera, dando prioridad a uno por sobre otros.⁷⁹ En suma, es importante concentrarnos en el tipo de relaciones que queremos promover, los valores que están en juego y cómo las instituciones pueden contribuir a esa promoción.⁸⁰

En cuanto a la igualdad y la no-discriminación es fundamental conocer qué tipo de igualdad estamos promoviendo. La igualdad formal se centra en la idea de equivalencia; ve a todas las personas y juzga a todas las personas como lo mismo y cuando se utiliza un sujeto/modelo en comparación, la mayor de las veces tiene como resultado la aplicación de estándares, cualidades, capacidades y ventajas del sujeto/modelo. La igualdad sustancial, en contraste, no se fundamenta en la comparación de dos sujetos, puede perfectamente consistir en la comparación entre la situación de un sujeto y el alcance de la mejor calidad de vida y bienestar del mismo sujeto en consideración a sus propias circunstancias contextuales.

El análisis que los tribunales de justicia realizan respecto de leyes que han sido desafiadas como inconstitucionales, en base a una igualdad formal, muchas veces promueven desigualdad. Este análisis sólo se preocupa en descubrir si el lenguaje utilizado por la norma en particular es neutral y no favorece, privilegia o alude a algún grupo en particular con la exclusión de otro. Cumpliendo este requisito, la normativa se considera igualitaria aunque las consecuencias de su aplicación sean discriminatorias. En este sentido es necesario introducir un análisis que

78 NEDES�KY, Jeniffer. Law, Autonomy, and the Relational Self. Op. cit., capítulo 6.

79 *Ibíd.*

80 *Ibíd.*

considere la igualdad desde un análisis sustancial. Este esfuerzo adicional, exigible a nuestros jueces, consiste en tomar en consideración todos los elementos relevantes y no únicamente los formales; implica el reconocimiento y la articulación de valores dinámicos, a través de un diálogo constante y siempre creciente entre los afectados por las normas y las instituciones que tienen la responsabilidad de aplicarlas. Un enfoque en el tipo de relaciones que las normas jurídicas promueven, cambia el enfoque de los tribunales hacia el contexto, el diálogo, la participación y la visibilidad de todos los miembros del Estado/nación.

Conclusión

Al inicio de este artículo nos propusimos analizar la forma en que la concepción liberal de derechos y ciudadanía no permite a la mujer lesbiana una total pertenencia social y política. Propusimos la necesidad de dar un nuevo contenido a ciertos conceptos esenciales para impulsar una transformación institucional, social y política que promueva el fin de la heteronormatividad y del heterosexismo institucionalizado y así, abrir el espacio necesario para que la mujer lesbiana, como sujeto de derechos, también se constituya en fuente valórica. Dijimos que dicha transformación era posible a través de un enfoque relacional. Es decir, mediante el estudio de nuestras relaciones relevantes con el fin de distinguir aquellas de carácter opresivas de aquellas que protegen y fomentan la autonomía.

Decidimos volver a concebir la noción de autonomía de forma tal de dejar atrás su clásica noción individualista para conceptualizarla como la habilidad de descubrir “nuestra propia ley”. Dicho descubrimiento es posible dentro de un espacio moral y legal de libertad —el dominio imaginario— amparado por el Estado. Dicho descubrimiento no es una tarea solitaria sino que se nutre de nuestras relaciones y debe incluir la capacidad de desechar o transformar aquellas relaciones que no fomentan la autonomía.

Consideramos como un elemento central de esta transformación el responsabilizar a las instituciones y a los creadores de las políticas públicas respecto de la obtención de resultados democráticos. Indicamos que el mecanismo para la reestructuración de las relaciones entre el Estado y la mujer lesbiana, y aquellas entre el colectivo y la mujer lesbiana es el diálogo. Un diálogo dinámico, constante, enriquecido, honesto y valiente que se atreva a desafiar las estructuras tradicionales de poder y las premisas sociales con el fin de que los valores, las instituciones o las políticas públicas sean creados y moldeados por las personas que se ven afectados por estas políticas. De esta forma, lograremos que la mujer lesbiana se constituya en fuente de valoración y autorrepresentación influenciando y contribuyendo a la creación de un sistema político y social inclusivo de la diversidad.

El desafío de la Ciudadanía y la subjetividad lésbica: avances y tensiones

Gabriela Robledo Achával

Abogada feminista. Reside en Argentina. Maestría en Antropología Social en curso, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. Investigadora del Programa Interdisciplinario Mujer y Género (PIEMG), Facultad de Filosofía y Humanidades, (CIFYH, UNC). Adscrita al Proyecto de Investigación *Subjetividades contemporáneas: cuerpos, erotismos y performances* (CIFYH, UNC). Integrante de la Comisión editorial de la revista “Polémicas feministas” (PIEMG, CIFYH, UNC.). Participa en el Movimiento de Mujeres de Córdoba, Argentina.

Resumen

La imposición de la condición de mujer sobre las lesbianas niega a éstas la existencia jurídica, enmarcándolas dentro de una categoría creada por el discurso hegemónico. Se sostiene que la imposición de esta condición “invisibiliza” a las lesbianas y se traduce en su desconocimiento como ciudadanas y en una falta de reconocimiento de derechos que les son propios. La exclusión de las sexualidades no heterosexuales se cristaliza en diversas instituciones que operan como productores y reproductores de una heterosexualización totalizante. El artículo plantea que tras la noción de “mujer” utilizada en las leyes y políticas públicas y hasta en la agenda feminista, subyace la idea de mujer heterosexual. Se exploran además dos aspectos de la vida civil de las lesbianas que integran la agenda de trabajo de los colectivos, a saber, el acceso a la salud y la maternidad.

Propósito del trabajo

El propósito de este trabajo es plantear la discusión que subyace a la lucha por los derechos civiles de las lesbianas, su inteligibilidad política y la tensión de sostener una posición crítica frente al mismo sistema productor de derechos y exclusiones.

Sin perder de vista que la misma noción de lesbiana es no esencialista y provisoria, pero estratégicamente reviste importancia política, intentaré una mirada que desnaturalice las categorías “sexo “y “género”, entendiendo estas categorías como el producto y el proceso de una serie de tecnologías sociales donde la esencialización de las subjetividades opera como una estrategia de control para mantener la estabilidad e impedir las variaciones en las identidades de los sujetos.

La existencia lesbiana y la inteligibilidad política: la violencia de la invisibilidad

Políticamente, para ser inteligibles, las lesbianas se incluyen dentro de la categoría *mujeres*, motivo por el que dicha categoría debe ser analizada críticamente, tanto desde una perspectiva epistemológica como ontológica¹.

La condición de existencia jurídica de las y los sujetos es ser heterosexual. Los cuerpos y la definición de “mujer” construida por los discursos hegemónicos, asume y prescribe la heteronormatividad. Más aún, las políticas públicas se construyen como respuesta a esta concepción de mujer, incluso dentro de las reivindicaciones feministas.

Esta subsunción de las diferentes identidades sexuales y expresiones de género en el binomio mujer- varón invisibiliza otras realidades y cuando no se nombra a las personas, se deshumaniza. La constitución política subjetiva es construida a partir de una situación de fragilidad social y de la posibilidad de resistencia frente a esta condición. La violencia ontológica está imbricada en el orden normativo a partir de cierta lectura de los cuerpos y de sus relaciones sexuales y afectivas. En esta primera definición restrictiva de lo humano está la base misma de la exclusión.

1 Muchas mujeres cuyas conductas entran dentro de los parámetros que delineamos, no utilizan la palabra “lesbiana” para definirse a sí mismas, decisión que es respetable, pero a los fines del presente texto, utilizaremos ese término para hacer referencia a todas aquellas mujeres que tiene relaciones erótico-afectivas con mujeres.

Tempranamente, Wittig² desafía la construcción cultural *mujer* para encontrar una sujeta lesbiana. Señala entonces que, la lesbiana, como condición de su existencia civil, debe “aprobar” ciertos pactos de heteronormatividad que en realidad determinan el modo de producción y transmisión del conocimiento que a su vez, la invisibilizan. Estos pactos son constitutivos de una sociedad donde el binario hombre-mujer está naturalizado, permitiendo legitimar una coherencia sexual y social. Son pactos que excluyen a las sexualidades no heterosexuales, que se cristalizan en instituciones como el matrimonio y que operan como productores y reproductores de la heterosexualización totalizante.

Existe cierto consenso en definir “presunción heterosexista” como la presunción de que todo el mundo es heterosexual, hasta que demuestre o se demuestre lo contrario. Esto contribuye a reforzar la concepción de “hecho natural” de la heterosexualidad y la consiguiente invisibilización y fobia hacia las sexualidades disidentes de esta presunción, que opera en definitiva como norma. Debido al mecanismo de invisibilización, la lesbiana permanece *camuflada* dentro del ropaje de la presunción de heterosexualidad obligatoria.

De modo que la lesbiana, aunque pueda ser conceptualizada como mujer, no es *la mujer* de los códigos civiles que se encuentra en relación a un varón, ni la mujer de los programas de salud y derechos reproductivos cuyos derechos son previstos y enmarcados dentro de una relación heterosexual.

En tal contexto, si la primera violencia es ontológica, la existencia lesbiana se deshumaniza y por ende, se ve afectada la subjetividad cotidiana. A partir de una lectura totalizante de los cuerpos, se subsumen los modos de subjetividad e intereses de las lesbianas dentro de la categoría hegemónica *mujeres* y se las considera incluida dentro de sus términos, lo que vuelve irreal su existencia.

2 WITTIG, Monique. La Mente Hetero. [En línea] <http://www.zapatosrojos.com.ar/pdg/Ensayo/Ensayo%20-%20Monique%20Wittig.htm>

El menoscabo de los derechos civiles, económicos y culturales que se infringe a las lesbianas, no suscita mayores reclamos de reparación desde el momento que por definición se trata de sujetos inexistentes y por tanto, sin derechos. Quien no existe no tiene derechos.

Existen cientos de mecanismos cotidianos que producen y reproducen una y otra vez esta negación de la existencia más allá de la desprotección jurídica positiva. Las lesbianas por ejemplo, no aparecen en los medios de comunicación más que con el fin de añadir morbosidad a las noticias. Por ejemplo, un periodista al relatar el caso de una lesbiana que se inseminó artificialmente y cría a su hijo con su pareja dijo “esto es muy complicado, una maraña de lesbianas”³. Si no aparecen lesbianas en los textos escolares, si no hay figuras públicas que abiertamente se manifiesten como lesbianas, si no existen en la currícula universitaria ni en los protocolos de salud investigaciones sobre la salud de las lesbianas, es sencillo comprender como cualquier expresión de protección a la “familia” o a la “mujer” se basa en la presunción tácita de ir dirigida a mujeres heterosexuales.

Si no hay un sujeto de derechos, no hay derechos. Pero el problema parece no agotarse en la inexistencia de un discurso que incluya a las personas con una orientación sexual y expresión de género no hegemónicas. Existe una frontera ideológica para la inteligibilidad humana, una línea que demarca cómo son y deben ser los humanos y humanas. Me pregunto en este sentido, ¿cuáles cuerpos y cuales vidas existen? ¿Cómo promover la construcción de las sujetas excluidas de los pactos heteronormativos?

3 Periodista Gustavo Tobi en el noticiero del canal 12 de Córdoba en 2009.

Ciudadanía y aspectos del debate

Para este breve análisis llamaré ciudadanía a la conformación de sujetos con la posibilidad de ejercicio de los derechos que el Estado reconoce y garantiza.

El Estado liberal y su discurso jurídico y médico, positiviza en occidente en el siglo XIX las desventajas cívicas de las mujeres, refiriéndose a minusvalías que naturalizaron las desigualdades de género. Me refiero a la condición jurídica de “menor” de la mujer. En ese marco surgen las restricciones a la ciudadanía civil de las mujeres, como lo fue en Argentina la prohibición de votar hasta mediados del siglo pasado, la imposición de seguir el domicilio del marido como si fuera el suyo, o hasta hace menos de diez años, el concepto de infidelidad diferenciado, según el delito fuera cometido por un hombre o por una mujer.

En un segundo momento, y a partir sobre todo de la rúbrica de tratados internacionales, el Estado empieza a considerar -al menos formalmente- a las mujeres como sujetos abstractos con derechos universales en toda la región. Si bien esto ha significado un gran avance para la ciudadanía de las mujeres, de ninguna manera resuelve los obstáculos concretos que presuponen la desigualdad de género y la hegemonía de género. Hoy existe la patria potestad compartida, el derecho a voto de las mujeres, la administración conjunta de los bienes matrimoniales, y el derecho recíproco de herencia. Pero aún con esas leyes y sus consecuencias materiales y simbólicas en la sociedad, ¿gozan las *mujeres* de ciudadanía plena en paridad con los hombres? ¿Qué sucede con las transgénero o las lesbianas? Ha operado un cambio social que incorpora a la mujer como actora social, pero dentro de un Estado que ideológicamente mantiene premisas de hegemonía de género y de heterosexualidad obligatoria.

Aquí me detengo y vuelvo a *las otras mujeres*. El tipo de leyes mencionadas favorecen los derechos *de las mujeres* con un sentido universalista, pero invisibiliza a esas *otras mujeres*, a quienes en realidad no aseguran ni intentan asegurar ninguno de estos derechos. Me refiero a aquellas que por sus relaciones interpersonales no están ligadas a un hombre, un esposo, con el

que puedan medirse para llegar al ansiado *fifty- fifty* en términos de derechos de familia y civiles. Aquellas leyes beneficiosas para *las mujeres*, ¿benefician a las lesbianas?

La lucha por los derechos de las mujeres, y los análisis de género en los términos que se ha venido trabajando, no puede asegurar los derechos de las lesbianas porque a la base de estas luchas y análisis, las *mujeres* como categoría, corresponde a un significante vacío, en el sentido de Laclau, que se ha completado de acuerdo a la naturalización del binario hombre- mujer. Donde dice *mujeres* en las leyes, en las políticas públicas, y hasta en gran medida, en las reivindicaciones feministas, debe leerse: mujeres heterosexuales.

El género es una manera de dividir el poder, una línea que traza el espacio de varones en lo público y de mujeres en lo privado. Esta división demarca cómo debe ser entendido lo humano. Siendo el género performativo, la construcción y apropiación de lo femenino en clave patriarcal asegura la vigencia de la institución de la *heterosexualidad obligatoria*, que otorga estabilidad y coherencia a la definición del sujeto “mujer” no sólo desde una perspectiva social o jurídica, sino justamente como sujeta.

La ciudadanía implica la existencia de normas de reconocimiento de lo humano donde las lesbianas puedan encuadrarse como ciudadanas reconocibles. Las normas de reconocimiento son esenciales para la constitución de lo humano, siempre que sea recíproco. Pedir reconocimiento u ofrecerlo no significa pedir que se reconozca lo que uno ya es. Pedir reconocimiento u ofrecerlo significa instar un futuro en correlación y reciprocidad real con los otros. En el pedido de reconocimiento, en la demanda, nos volvemos algo nuevo porque nos constituimos como sujetos y sujetas a causa de un deseo y una necesidad del *otro* que tiene lugar en el lenguaje, sin el que, como recuerda Judith Butler⁴, no podríamos existir.

Este reconocimiento recíproco constituye una validación de la propia existencia.

4 BUTLER, Judith. Vida Precaria. Buenos Aires, Paidós, 2005.

La identidad lesbiana, como dijimos provisoria, desborda la categoría tradicional de género, la excede, la sobrepasa. Este *exceso* se explica porque la idea de género descansa dialécticamente en el binomio varón-mujer. La mujer encerrada en el binomio no es la lesbiana, por más esfuerzos de analogía que intentemos. Las lesbianas, sujetas a un doble proceso de invisibilización en razón de su género y de su sexualidad, son triplemente lo otro, en el sentido de Simone de Beauvoir; lo Otro para otras mujeres, para los varones, y a causa de esto muchas veces, para ellas mismas.

El género, como *locus*, se debilita como categoría para explicar y promover los derechos de las mujeres que no tienen como contrapunto de su existencia a un varón. De esto da cuenta el doloroso y persistente enfrentamiento de gran parte de los movimientos de mujeres y feministas con los colectivos de lesbianas. Más allá de que estas últimas, piensen, trabajen y defiendan cada una de las consignas propuestas, la pregunta es por qué muchas veces son invisibilizadas por sus propias compañeras.

¿Cómo es que frente a las reivindicaciones de las lesbianas se prioricen sistemáticamente otras demandas en la agenda feminista? Si bien dentro de las agendas con “conciencia de género” el derecho al acceso a la salud y los derechos sexuales aparecen como prioridades, no hay distinción entre las reivindicaciones de las mujeres heterosexuales y de las lesbianas, teniendo en cuenta que el significado e implicancias de la salud, no es totalmente asimilable en uno u otro caso. El derecho al aborto, por ejemplo es ciertamente una cuenta pendiente para todas las mujeres. Independientemente de que una lesbiana pueda tener sexo con un hombre o ser violada, causa mayor preocupación para quienes por su práctica heterosexual y por su situación de género, traducida en ocasiones en violencia sexual y coacción, ven resentida su autonomía sexual, sin embargo las lesbianas feministas no dudan en apoyar la declaración de este derecho fundamental.

Por otro lado, el “derecho a la maternidad” invocado por muchas lesbianas para acceder legal y gratuitamente a las técnicas de fertilización asistida por medio de bancos de espermatozoides de

donantes anónimos; no ha recibido el mismo apoyo. ¿No son ambas demandas -fertilización asistida y legalización del aborto- acciones de disposición del propio cuerpo, consecuencia del derecho de autodeterminación y libertad sexual que el Estado debería tutelar y facilitar? ¿Qué sujeto se tiene en mente cuando se habla en nombre de las *mujeres*? ¿Cómo podemos entender este silencio? Como vemos, queda pendiente un intenso trabajo sobre la representación del sujeto de la política feminista y sobre la heteronormatividad que dirige las políticas que alienta. El hecho de que quienes no tienen una sexualidad o expresión de género hegemónica se convierta sistemáticamente en una discusión secundaria o en “temas específicos” a tener en cuenta en una agenda remota, es una señal de alerta que suena cada vez con más fuerza.

Otro ejemplo del acceso a la salud es la consulta ginecológica. Sucede que la medicina opera como brazo “normalizador” y “patologizador”. Así, una investigación realizada en Latinoamérica concluye que (a las lesbianas) *“les desconcierta e inhibe que se haga marcado hincapié en el tema de la anticoncepción, que se dé por sentada su heterosexualidad y que cuando explican que mantienen relaciones sexuales con mujeres se las considere inactivas o se ignore a sus parejas”*⁵. El informe realizado por una organización argentina⁶ concluye que: *“Ante la respuesta de que “no nos cuidamos” con métodos anticonceptivos, como se da por sobreentendido-, hay gesticulaciones o expresiones, falta de información de los/as profesionales sobre las formas de protección para evitar la transmisión de infecciones de transmisión sexual (ITS) en las relaciones lésbicas que demuestran adjudicarnos cierta irresponsabilidad por no cuidarnos.”* Esta falta de reconocimiento en el ámbito de la salud, y más precisamente el de la consulta ginecológica

5 Se ha utilizado como referencia el informe: EIVEN. Laura, SARDÁ, Alejandra y VILLALBA, Verónica. Lesbianas, salud y derechos humanos desde una perspectiva latinoamericana. Un aporte para la discusión y la reflexión. 9º Encuentro Internacional Mujer y Salud (Toronto, Canadá).

6 ESPACIO DE ARTICULACIÓN LÉSBICA. *Cambiamos las preguntas, Campaña Nacional por una atención digna de las lesbianas en los sistemas de salud*, realizada en 2006 en Argentina.

niegan tácitamente las experiencias y existencia de las lesbianas, aún cuando se las tenga frente a frente y desnudas.

Para modificar las bases de la exclusión, resulta imprescindible preguntarse sobre la existencia concreta de las personas, en el interjuego de las subjetividades no sólo sexuales sino de clase, etnia y otras, como un ejercicio previo al reconocimiento de derechos. Quien virtualmente *no existe* no tiene derechos ni puede formar parte de ningún pacto civil.

Sin embargo, hoy se piensa con más profundidad en la eliminación de fronteras excluyentes, en un proceso que siempre implica autorreflexividad, en la manera en que, diversas organizaciones, como el Movimiento de Mujeres de Córdoba, se ha preguntado por quiénes son las mujeres que se supone representa y ha podido escuchar qué dicen ellas de sí mismas, creando una comisión de “Diversidad sexual” que canaliza estas voces.

4. Nuevos avances y tensiones

Matrimonio igualitario

El 15 de julio de 2010 se aprobó en Argentina la ley del matrimonio igualitario. El 22 de julio de 2010 se promulgó la ley 26.618 y se reglamentó el decreto 1054/2010 poniendo fin a años de disputa por el reconocimiento a las uniones entre personas del mismo sexo.

Aunque existen cientos de mecanismos cotidianos que producen y reproducen una y otra vez esta negación de la existencia más allá de la desprotección jurídica positiva, la ley de equiparación de matrimonio civil entraña una nueva dimensión de percepción simbólica de las lesbianas y de los homosexuales. La equiparación legal como sujetos de derechos civiles que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, es sin duda, una ley para celebrar. En su génesis está buena parte de la historia del movimiento GLTTBI de Argentina y sus luchas tenaces por la igualdad de derechos civiles.

De cualquier manera, la igualdad de derechos civiles es una condición necesaria aunque no suficiente para impulsar la construcción de una democracia radical. Nada garantiza que el acceso de lesbianas y gays al “matrimonio igualitario” (en Argentina o en otros países) implique mayor producción y profundidad del pensamiento crítico. La aspiración a una democracia radical exige problematizar el heterosexismo como discurso normativo que construye y regula los cuerpos, lo que Butler denomina *la matriz discursiva de la sexualidad obligatoria* (Butler: 2002).

Proyecto de Ley de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

A nivel nacional Argentina cuenta con la Ley de Salud Reproductiva N° 25.673 que, declarativamente en su art.2 inc. f “garantiza a toda la población el acceso a la información, orientación y prestación de servicios, y promueve entre sus objetivos: alcanzar para la población el nivel más alto de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia”. No obstante, a las lesbianas que desean tener hijos, pareciera que no se las cuenta como población a la que se debe garantizar este derecho, más bien le son negadas las posibilidades técnicas y jurídicas.

Actualmente se debate intensamente este tema. El 30 de noviembre de 2011 la Cámara de Diputados de Argentina votó en general el proyecto de Ley de Fertilidad Asistida aunque sin darle media sanción por no haberse votado en particular cada normativa.

El proyecto establece como requisito de acceso la presentación de un diagnóstico de infertilidad de la pareja casada para acceder a las técnicas de reproducción asistida, lo que lo convierte en discriminatorio desde el momento en que quedan excluidas tanto las mujeres lesbianas solteras -a quienes vulnera el derecho constitucional de formar familia-, como los matrimonios de parejas de lesbianas que quisieran acceder a las técnicas

de reproducción humana asistida (TRHA). Esta mirada biologicizante de los derechos además viola flagrantemente a la ley de Matrimonio Igualitario, cuyo artículo 42 garantiza la igualdad ante la ley de todos los matrimonios.⁷

Es posible medir el “pulso político” en este tema aún sin ley expresa. Es destacable el fuerte *lobby* que ejerció la Iglesia Católica en los debates, expresando estar en contra de cualquier tipo de “técnicas de reproducción artificial”, a su juicio, por violar la dignidad del matrimonio y el orden establecido por Dios. Cuánto urge en estos momentos la consolidación de un estado laico. Son frecuentes las excusas de los médicos que aludiendo a consideraciones “éticas” se niegan a practicar inseminaciones a lesbianas o a mujeres solteras. La reticencia también está plasmada en numerosos documentos emitidos por la doctrina nacional. Por ejemplo, en las conclusiones del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños de 2002⁸ se señala que con respecto a *“la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con semen de donante: estamos en presencia de una filiación extramatrimonial. La paternidad quedará determinada en el caso que el donante reconozca al hijo. Creemos que en una futura regulación legal debería prohibirse o limitarse a supuestos extremos esta posibilidad, puesto que va en contra del interés superior del niño/a traducido en su derecho de contar con un emplazamiento filial pleno (materno y paterno), garantizador del respeto de su identidad. Creemos viable el planteo por el*

7 Matrimonio Civil. Ley 26.618 y Decreto 1054/2010. Matrimonio Civil. ARTICULO 42. — Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

8 VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002 - Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

hijo de un reclamo reparador frente al equipo médico, establecimiento médico y la madre por haberlo privado intencionalmente del vínculo paterno”.

De este texto se desprende que, en primer lugar, se prioriza un vínculo con un donante anónimo, y en segundo lugar, deja sin seguridad jurídica el vínculo familiar de la(s) madre(s) con su hijo/a argumentando un supuesto interés del niño/a, cuando en realidad, no hace más que desprotegerlo. Por último, como coerción disuasiva, la ley establece un tipo de responsabilidad civil al equipo médico interviniente. Un donante de semen tiene para nuestra ley más derechos que una madre. Pero esto no sería lo más acuciante, sino que de verificarse el caso en que la madre biológica fallezca o se ausente, el niño o niña quedará desamparado afectiva y económicamente y será arrancado de su hogar para ser “colocado” con familiares sanguíneos o directamente en una casa para niñas y niños huérfanos.

Finalmente, reconocidas juristas argentinas consideran, al hablar de Nuevas Tecnologías Reproductivas (NTR) que: *“Frente a aquellas dos voces que representarían los dos extremos del camino -la del niño y la de la madre biológica-, en el medio solo tenemos silencio (...) el cual es interrumpido esporádicamente con noticias de corte sensacionalista (madres-abuelas, solicitud de inseminación artificial por lesbianas) cuya finalidad no es precisamente informar a la sociedad”*⁹. Es estrictamente cierto en lo que refiere al silencio. Hay silencio, hay invisibilidad, hay negación de la legitimidad en tanto seres humanos y en tanto familia.

Según la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing cuyos principios Argentina adopta en la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable, el elemento determinante de los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, es la posibilidad de las personas, de

9 FODOR, Sandra y LACHOWICZ, Marta M. 1^o Jornadas de Bioética y Derecho, Cátedra UNESCO de Bioética (Universidad de Buenos Aires), Asociación de Abogados de Buenos Aires, 22 y 23 de Agosto de 2000.

controlar y decidir sobre su sexualidad incluyendo la reproducción sin sufrir violencia ni discriminación¹⁰.

En futuras sesiones, las organizaciones de diversidad sexual intentarán que se trabaje con el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que sostiene que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”¹¹

Adopción

Respecto a la adopción, si una lesbiana quería adoptar el hijo/a biológico de una compañera o su opción era la adopción conjunta, en Argentina estaban prohibidas ambas situaciones hasta la reciente aprobación del matrimonio igualitario¹². Hoy Argentina es el único país en la región donde actualmente dos lesbianas pueden adoptar conjuntamente.

Conclusiones

Debido a la distinta ubicación de la mujer (que se presume heterosexual) y la lesbiana, se reclaman derechos civiles según sus realidades, sin implicar ello dejar de cuestionar instituciones y discursos opresivos.

La sanción del matrimonio igualitario nos compromete a mantener una mirada crítica donde los derechos civiles de las

10 Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (septiembre 1995).

11 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

12 El 15 de julio de 2010 se aprobó la ley de matrimonio igualitario en Argentina. La votación tuvo 33 votos de los senadores a favor, 27 en contra y hubieron tres abstenciones. Argentina es el primer país de Latinoamérica y el Caribe en igualar los matrimonios heterosexuales con los homosexuales.

distintas sujetas y sujetos sean realmente incluidos en políticas públicas antidiscriminatorias o de igualdad civil en relación a una orientación sexual y expresión de género no heterosexual o disidente.

La subsunción de las lesbianas dentro de la categoría *mujeres* y su consiguiente invisibilización, produce una representación hegemónica de los sujetos, que entra en colisión permanente con el objetivo del acceso real de ciudadanía. Mientras esta situación permanezca en los discursos y en la práctica, el nudo central de la exclusión seguirá firmemente atado y no será posible lograr el ejercicio de los derechos. La ciudadanía para todas y todos, continuará fragmentada.

El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras

Adriana Palavecino

Abogada Universidad de Chile. Entre sus labores, se desempeñó como asesora jurídica del Servicio Nacional de la Mujer de la Región de Maule desde 1999 hasta 2004, en el área de promoción de los derechos y la participación de las mujeres. Desde 2004 a la fecha es abogada encargada de la unidad jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación de la Región del Maule. Paralelamente, entre los años 2001 y 2007, fue docente de Derecho de Familia, Introducción al Derecho y Mediación Familiar en las universidades Tecnológica de Chile y Autónoma de Chile, en ambos casos, en las sedes de Talca. Desde 2008 a la fecha es docente de Derecho Civil y Mediación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Respecto a sus actividades gremiales, puede mencionarse que es miembro del directorio del Colegio de Mediadores de Chile A.G. por el período 2010-2011. Entre sus antecedentes académicos, ha cursado diplomados en Derecho de Familia, Mediación Familiar y Docencia Universitaria y es Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado de la Universidad de Chile. Ha colaborado en diversas publicaciones desarrollando tópicos relativos al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Derecho de Familia, Derecho Sucesorio, Mediación Familiar y Derechos Humanos.

Resumen

En Chile, a través del art. 5º inciso 2º de la Constitución se incorporan, a partir de tratados internacionales, el derecho al nombre y a la propia identidad. En cuanto a la legislación sobre la materia, la ley 17.344 admite un poder restringido sobre el nombre, mermado por el art. 31 de la Ley 4.808 cuya interpretación por la autoridad ha impedido mayoritariamente que se acojan las pretensiones de cambio de nombre y de sexo en los documentos identificatorios de las personas transgéneras. Críticas a lo anterior son la falta de inconveniente en amparar la pretensión individual de definir los elementos constitutivos de su identidad. Los únicos límites razonables a la autodefinición de la identidad son la inalterabilidad de su pertenencia al género humano y la evitación de que su ejercicio se instrumentalice para fines ilícitos.

tos. No otros, en tanto la definición del contenido de este derecho, al menos en lo que al nombre y sexo se refiere, debiera quedar entregada a la autodeterminación de la persona titular, con independencia de factores objetivos sociológicos o biológicos. Asimismo, la opción de política legislativa del Estado para garantizar el derecho a la identidad debe estar determinada por el respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación.

Planteamiento de la cuestión

Cuando una persona transgénera quiere cambiar el nombre y sexo en sus documentos identificatorios -como la partida de nacimiento, cédula de identidad y pasaporte- su aspiración implica recurrir a los tribunales y en esta sede, para acoger su pretensión; usualmente se exige que el nombre guarde armonía con el sexo registrado en su partida de nacimiento, que se determinó biológicamente, o bien, que se haya cambiado quirúrgicamente de sexo.¹

Esto, jurídicamente, plantea las siguientes interrogantes:

Primera. Si la definición del nombre y sexo de las personas transgéneras puede quedar entregada exclusivamente a su autodeterminación conforme a la autopercepción de su identidad sexual, o viene delimitada, metajurídicamente, por factores objetivos

¹ En sentencia de 26 de octubre de 2006, causa Rol 1252/2006, caratulada Lazcano Phillips Wendy Roxana, seguida ante la Corte de Apelaciones de La Serena, el considerando segundo indica: “Que no obstante lo anterior, no ha sido posible, hasta el presente, materializar y hacer efectiva la resolución de un tribunal de la República (...) toda vez que el Servicio de Registro Civil e Identificación se ha negado a practicar la inscripción del nuevo nombre del peticionario, expresando que debe existir concordancia entre el nombre del inscrito y su sexo, según lo ordena el artículo 31 de la Ley de Registro Civil e Identificación, criterio que aparece confirmado en el Oficio N°2444 de fecha 28 de noviembre de 2006, del Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación de fojas 48 y 49, específicamente en el punto 6 del mismo.” Por su parte, del considerando tercero se desprende que en el presente caso hubo operación de reasignación de sexo, razón por la cual se resolvió favorablemente la solicitud de cambio de nombre del peticionario: “Que en estos autos ha quedado meridianamente claro, merced a la prueba suministrada, que el peticionario es un paciente con transexualismo; su fenotipo es masculino...”

sociológicos (modelos de género que obedecen a concepciones antropológicas tradicionales o predominantes en determinadas sociedades) o bien, biológicos (dimorfismo sexual de la especie).

Segunda. Si la respuesta a la pregunta anterior es neutral desde el punto de vista de la dignidad y libertad de la persona y, por tanto, la definición del contenido del derecho a la identidad es una mera opción de política legislativa independiente de esos valores, o si la definición del contenido del derecho a la identidad viene en cierto modo determinada por el respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación.

Tercera. Si en Chile la opción asumida por los órganos del Estado limita la autodeterminación en función de un criterio externo de índole anatómica, cabe preguntarse si esa opción es legítima o debe ser revisada y cambiada para un adecuado respeto y promoción del derecho a la identidad.

Para responder estas interrogantes se revisará si nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la identidad y, en la afirmativa, cuál sería el contenido del derecho y sus límites, y cuáles objeciones podrían plantearse a una concepción amplia e incluso amplísima del derecho a la identidad.

Luego, como el sistema de los derechos humanos se ha universalizado, para la determinación del contenido del derecho, es ilustrativo analizar cómo se ha definido ese contenido en el Derecho comparado, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia.

Las hipótesis que se defenderán en esta ponencia son:

Primera. La definición del contenido del derecho a la identidad, al menos en lo que al nombre y sexo se refiere, debiera quedar entregada a la autodeterminación de la persona titular, con independencia de factores objetivos sociológicos o biológicos.

Segunda. El Estado no es neutral, no da lo mismo la posición de política legislativa que adopte, la definición del contenido del derecho a la identidad debe estar determinada por el respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación, valores fundantes del ordenamiento jurídico chileno.

Tercera. La opción asumida por los órganos del Estado que limita la autodeterminación en función de un criterio externo de índole anatómica, debe ser revisada y cambiada para un adecuado respeto y promoción del derecho a la identidad.

Derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico chileno

Fundamento

La primera dificultad que se presenta a la hora de buscar el derecho a la identidad en nuestro ordenamiento jurídico es que no aparece explícitamente consagrado en la Constitución Política ni en el Código Civil. Asimismo, la doctrina chilena ha tratado escasamente este derecho a propósito de la Ley de Filiación, vinculándolo a la libre investigación de la paternidad y maternidad.² Los autores coinciden en indicar que se trata de un derecho previsto en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³

2 Así puede verse en: VELOSO, Paulina, ETCHEBERRY, Leonor, MUÑOZ, Andrea. El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de las Normas de la Ley N°19.585. Segunda edición, Santiago, LOM Ediciones Ltda., 2000, p. 27; GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 47; RAMOS, René, Derecho de Familia. Quinta edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II, p. 373.

3 El art. 7 de la CDN dispone que: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.” El art. 8 del mismo instrumento señala: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” El art. 18 de la CADH dispone: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La posición mayoritaria de la dogmática constitucional sostiene que en la Constitución Política existe un catálogo de derechos abierto, constituido por los derechos fundamentales que enumera su artículo 19 y los contenidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, los que se incorporan al derecho interno en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, entre los que se cuenta el derecho al nombre y el derecho a la propia identidad.⁴

Aunque esta postura no es unánime, de todos modos, podría construirse dogmáticamente el derecho a la identidad, a partir del material normativo explícito de la Constitución. Por de pronto, su norma fundante, el artículo 1° inciso 1°, dispone que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Este enunciado no es una constatación sociológica o una declaración poética, sino un mandato dirigido al Estado y sus órganos en el sentido que las personas deben ser tratadas conforme a su dignidad y como sujetos libres y, por ende, como titulares de un espacio de decisión y de actuación en que no caben intromisiones de carácter externo. Esta prescripción cumple una doble función: fundante como fuente material de los derechos y, a la vez, orientadora de su interpretación. El Estado debe desplegar una producción normativa que concrete los mecanismos para la adecuada protección y expresión de la dignidad humana, cuidando a la vez de franquear los mayores ámbitos posibles de ejercicio de la autonomía individual.

Enseguida, la Constitución establece el principio de servicialidad del Estado frente a la persona humana, en el artículo 1°, inciso 3°, subordinando incluso la promoción del bien común al pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece. El Constituyente impone al Estado una función promo-

La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

4 NOGUEIRA, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*. (9)1:403-466, enero 2003, pp. 415-416.

cional señalándole que: “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.” Entonces, el Estado debe favorecer las condiciones materiales y despejar los obstáculos para el desenvolvimiento pleno de la personalidad de los individuos, lo cual supone otorgar el máximo de facilidades posibles para el desarrollo de cada proyecto vital. Y la definición de éste, por respeto a la autodeterminación de los sujetos, debe quedar entregada a cada cual y se inicia a partir de la autopercepción del sujeto, conforme a la cual se define a sí mismo en el mundo y se proyecta históricamente, lo que configura el derecho a la identidad.

GOMEZ DE LA TORRE se pregunta: “¿Qué se entiende por derecho a la identidad? No hay definición dogmática ni en la ley, ni en la Convención de los Derechos del Niño. Esta última, si bien establece sus características, no da un concepto”.⁵ Agrega que: “el derecho a la identidad pertenece a la gama de derechos humanos de tercera generación. Doctrinariamente, se entiende como aquel derecho personalísimo ‘del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad’. Se relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo”.⁶

FIGUEROA indica que en el derecho a la identidad se han distinguido dos facetas: el derecho de toda persona a conocer su propia identidad personal y a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal, o para discriminarla, o para desmerecerla en razón de esa misma identidad personal.⁷

5 GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Op. cit., p. 49.

6 MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia, “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de derechos y garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1999, p. 2, citados por GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz, op. cit, p. 49.

7 FIGUEROA, Gonzalo. Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 260 y ss.

En mi opinión, este último aspecto del derecho a la identidad a que se refiere FIGUEROA requiere ser complementado ya que resulta insuficiente concebir la identidad en un sentido puramente garantístico (estatus negativo) de defensa frente a cualquier intromisión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al mismo tiempo, como un derecho activo de determinación (estatus positivo) sobre los elementos que la configuran.

Contenido

Entre los elementos del derecho a la identidad están el nombre y el sexo. La forma jurídica clásica para identificar a un individuo es a través de su nombre y del sexo biológico con el cual nació, datos que se consignan en su partida de nacimiento. El Estado, a través del Servicio de Registro Civil e identificación, asume una función identificatoria de la población, por razones de bien común.

De manera rudimentaria y limitada, nuestro ordenamiento jurídico admite un cierto poder de disposición sobre el nombre teniendo en cuenta que dicho atributo viene impuesto al sujeto desde el nacimiento. Así, la Ley 17.344 en su artículo 1° consagra el derecho de toda persona a solicitar, por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los tres casos que indica.⁸

El procedimiento para solicitar el cambio de nombre es de tipo voluntario, y antes de fallar, el juez debe oír al Servicio de Registro Civil e Identificación, organismo que informará favorable o desfavorablemente la modificación.

La disposición sobre el nombre se ve limitada por esta misma ley, al haber incorporado al artículo 31 de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, un inciso según el cual: “No podrá imponerse al

8 Cuando unos y otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente; cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos diferentes de los propios; y en los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación.

nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, *equivoco respecto del sexo* o contrario al buen lenguaje.”

Este precepto en un primer momento se constituyó en un obstáculo para que fueran acogidas las pretensiones de cambio de nombre de las personas transgéneras. Se interpretó por la autoridad administrativa que no podía informar favorablemente una solicitud de cambio de nombre que no concordara con el sexo registral.

Creo que dicha interpretación restrictiva es errónea puesto que la norma se refiere a la facultad de los Oficiales Civiles de impedir que se imponga al recién nacido un nombre que le menoscabe, sin embargo, respecto al trámite de cambio de nombre producido durante el transcurso de la vida del inscrito, esta misma norma debiera interpretarse en un sentido amplio, entendiendo que el espíritu del legislador ha sido que en la individualización del sujeto, en su partida de nacimiento, exista concordancia de género entre el nombre y el sexo, interpretación que fundamentaría que junto con el cambio de nombre se acceda al cambio de la mención del sexo, de manera que exista la debida armonía entre ambos y de este modo los transexuales cuenten con documentación identificatoria que concuerde con el sexo vivido o autopercebido.

De otra parte, la Ley 17.344 no considera el cambio de sexo en la partida como causal de justificación del cambio de nombre, y como se señala en un proyecto de reforma a la Ley 4.808: “... no existe mecanismo legal alguno para obtener el cambio de sexo asignado en la inscripción de nacimiento efectuada ante el registro civil, de tal forma que aún cuando la persona pueda haber sido conocida por más de cinco años con un nombre distinto al inscrito, podemos llegar a la situación de que el juez o el oficial del registro civil se nieguen a la inscripción del nuevo nombre, por ser este equivoco respecto del sexo señalado en la partida de nacimiento, y aun cuando se inscriba el nuevo nombre, la per-

sona que ha cambiado su sexo, seguirá siendo individualizada legalmente con el sexo designado en la referida partida.”⁹

En la práctica, ambas modificaciones se solicitan conjuntamente en el procedimiento no contencioso de cambio de nombre, pero la regla general es que se les haga lugar sólo cuando hay operación de reasignación de sexo.¹⁰

El Servicio de Registro Civil e Identificación ha distinguido últimamente tres hipótesis que podrían plantearse a propósito del cambio de identidad de las personas transgéneras y la forma en que procede en cada una de ellas, a saber:

a) Solicitud de cambio de nombre, sin que se solicite a la vez cambio de sexo, ni haya operación de reasignación sexual: “... la solución para el caso enunciado no se encuentra regulada en nuestra legislación, de un modo expreso, ni en la Ley N°4.808 sobre Registro Civil, ni en la Ley N°17.344, que autoriza el cambio de nombres y/o apellidos, se regulan los efectos que tendría el cambio de sexo de una persona en las partidas del Registro Civil (...) En virtud de lo expuesto y en ausencia de normas legales que regulen el cambio de sexo, este Servicio informa a los tribunales de justicia, que a falta de norma legal corresponde al Juez de la causa resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada”¹¹.

9 Moción parlamentaria que modifica la Ley 4.808 sobre Registro Civil permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo, que replica casi en su integridad la Ley española 3/2007: BOLETÍN N°5679-18. [En línea] Modifica la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo. Ingreso: 7 de enero de 2008. <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [Consulta: 15-08-2010].

10 Sólo conocemos dos fallos en Chile, de un tribunal de Rancagua y otro de Antofagasta, que ordenaron el cambio de nombre y de sexo sin necesidad de cirugía de reasignación de sexo y pese al informe desfavorable del Registro Civil. Véanse en: ULLOA, Daniel. Transsexuales ganan en tribunales: inéditos fallos les permiten cambiar su nombre sin cirugía de reasignación sexual. [En línea] Opus Gay. <<http://www.opusgay.cl/1315/article-77285.html>> [Consulta: 15 de agosto de 2010].

11 Ordinario de la Subdirección Jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación N°0013 de 5 de Enero de 2010, p. 5.

b) Solicitud de cambio de nombre y de sexo, sin operación de reasignación sexual: “Es el caso de una peticionaria que posee un trastorno de identidad sexual, que desde temprana edad la hace identificarse con el sexo masculino, por lo cual se ha comportado y se ha sentido psicológicamente desde siempre como un varón, condición que la define como transexual, presentando una clara incompatibilidad entre su sexo anatómico femenino y aquel que siente como propio, esto es el masculino, situación que le ha provocado menoscabo moral, llevándola a utilizar como únicos nombres propios el de ‘Sebastián Eduardo’, por más de cinco años, y por los aludidos motivos plausibles (...) Este caso, tampoco tiene solución al amparo de la Ley N°4.808 sobre Registro Civil, ni la Ley N°17.344, que autoriza el cambio de nombres y/o apellidos (...) El Tribunal debe tener presente al momento de resolver la petición, lo establecido por el artículo 31 de la ley N°4.808, sobre Registro Civil que dispone que el nombre de ‘un nacido’ debe ser concordante con su sexo, norma que luego de un nuevo análisis a la luz de la situación de las personas que presentan trastornos de identidad de género, estimamos que el legislador la hace exigible al momento de practicarse la inscripción, oportunidad en la cual, no pudo constatarse un desarrollo psicológico diferente al del sexo orgánico. En la situación de una transexualidad debidamente acreditada en autos, con las certificaciones médicas competentes, en opinión de este Servicio, se podría sostener que llegado el inscrito a su mayoría de edad, con su sexo orgánico inalterable, constatado que este no es acorde al sexo síquico que distintas pericias médicas demuestran de manera indubitable, y que aconsejan la rectificación que se requiere, se tendría el mérito para que el Tribunal pueda ponderar la procedencia de acceder a la rectificación de los nombres propios del titular de la inscripción, atendida esta información sobrevenida, de la cual no pudo tenerse conocimiento al momento de la inscripción...”¹². Vale decir, entrega al juez la decisión de

12 Ordinario cit., pp. 5-6.

acceder a la solicitud de cambio de sexo del peticionario con el mérito de la prueba médica que conste en el expediente y que acredite la disforia de género.¹³

13 En causa Rol 109-2009, seguida ante el 2° Juzgado de Letras de Talca, caratulada “Sepúlveda Arenas Juan”, que corresponde a la solicitud de cambio de nombre y de sexo de una transexual femenina sin operación de reasignación sexual, el órgano administrativo siguiendo este criterio indica que: “Con todo, se hace presente a S.S. que respecto del cambio de nombres ‘Juan Evaristo’ por ‘Tatiana Carolina’, ello resultaría procedente en la medida que se acogiera el cambio de sexo solicitado, en virtud de lo dispuesto por los artículos 17 y 18 de la Ley N° 4.808, de 1930 sobre Registro Civil.” En la parte final indica que: “...considerando la ausencia de normas que regulen la materia y de estimarlo S.S. así procedente, probados los antecedentes de hecho que han motivado la petición de autos, S.S. podría también otorgar una solución jurídica a la situación sometida a su conocimiento, ordenando a este Servicio anotar al margen de la inscripción de nacimiento del peticionario, una autorización para que el inscrito obtenga documentos de identidad, con los nombres y eventualmente sexo que las certificaciones médicas pertinentes demuestren corresponden a su verdadera identidad de género, en tanto no se acredite que mediante intervención quirúrgica de reasignación de sexo biológico a su identidad de género, existe concordancia entre éste y su nombre, lo que podría dar lugar a la rectificación en los rubros pertinentes de su nombre y sexo, como se resuelve en estos casos cuando las personas se someten a tratamientos hormonales y quirúrgicos.” Sin embargo, el informe del Registro Civil no bastó al sentenciador quien igualmente denegó el cambio de sexo accediendo sólo al cambio de nombres de la afectada con fecha 10 de septiembre del año en curso. Así, en el considerando octavo del fallo, señala que: “En lo que respecta al cambio de sexo, si bien el peticionario presenta una identidad sexual femenina en su condición de transexual, el informe médico agregado a fojas 22 refiere que presenta genitales externos masculinos con desarrollo normal, concluyéndose que el examen físico general corresponde a un hombre adulto. En estas condiciones, a juicio de este sentenciador, no resulta admisible la solicitud del cambio de sexo registral, en razón de las complicaciones futuras de inseguridad que puede presentar dicho cambio, en especial si se tiene en cuenta la posibilidad de procreación y paternidad del solicitante, lo que no puede obviarse (...) aceptar el cambio de sexo en su registro de nacimiento, implicaría introducir elementos de inseguridad para el futuro que pueden afectar a terceros por lo que manteniéndose la más mínima posibilidad de una paternidad del peticionario, no resulta procedente acceder a su solicitud.” Critico esta decisión porque implica que para reconocer el derecho a la identidad del transexual es preciso previamente que éste sea castrado, exigencia que además de innecesaria y vejatoria no impide que el transexual pueda engendrar mediante técnicas de reproducción humana asistida. Objetando este razonamiento jurídico, Cabral sostiene: “La posibilidad de personas que, habiendo ‘cambiado de sexo’ conservaran intacta su capacidad reproductiva constituye uno de los fantasmas que con más insistencia asedian la producción jurídica sobre transexualidad. En ese sentido, el Derecho argentino no es la excepción. Según la opinión de Stephen Whittle, este asedio debe leerse en una clara clave eugenésica –allí donde la patologización de la transexualidad volvería socialmente indeseable la reproducción de transexuales. Sin embargo, y al menos en el contexto del Derecho argentino, la preocupación incesante es aquella vinculada con el bienestar psicofísico de posibles hijos e hijas biológicos/as de transexuales sometidos/as a la doble amenaza de una *maternidad a la vez transexual y homosexual* (el “cambio de sexo” de un progenitor convertiría a

c) Solicitud de cambio de nombre y de sexo con operación de reasignación sexual: “Nos encontramos ante una situación de cambio de sexo que tiene incidencia directa en la partida de nacimiento del peticionario toda vez que se hace necesario conformar ésta a la nueva realidad, alterando la mención ‘sexo del inscrito’ y sus nombres propios (...) El artículo 31 de la Ley N°4808, dispone que el nombre de una persona debe ser concordante con su sexo (...) En virtud de lo expuesto y en ausencia de norma legal que regule el cambio de sexo, en opinión de este Servicio, es el Tribunal el que debe resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada.”¹⁴

La postura adoptada por el Servicio de Registro Civil e Identificación frente a esta problemática merece diversos comentarios. La distinción que se hace entre el primer y el segundo caso es prácticamente innecesaria, toda vez que en la generalidad de las situaciones, los transexuales solicitan que se rectifique tanto el nombre como el sexo en su partida de nacimiento puesto que la sola modificación del nombre no soluciona la situación de menoscabo y de discriminación a que se ven expuestos cotidianamente.

Enseguida, resulta confusa la interpretación que se hace del artículo 31 de la Ley N° 4.808, al sostener que esta norma no resulta aplicable a los transexuales puesto que la concordancia que exige entre el nombre y el sexo del inscrito se refiere al momento de nacer y no a situaciones sobrevinientes de cambio en la identidad sexual durante el transcurso de la vida del inscrito, para luego señalar que si hay operación de reasignación sexual, es justamente esta norma la que obligaría a rectificar ambas

su hijo o hija en alguien con dos madres” o con “dos padres”). Esta preocupación alcanza no solamente a aquellas personas *trans* que no tienen hijos/as en el momento de solicitar la ‘rectificación sexual’, sino también a aquellas personas que han tenido hijos/as biológicos/as con antelación a tal solicitud, y que por esa razón no serían apto/as” CABRAL, Mario, Ciudadanía (trans)sexual, véase en: [http://www.cubaalamano.net/voces/images/debates/TransCuba/documentos/ciudadan%EDa%20\(trans\)%20sexual.pdf](http://www.cubaalamano.net/voces/images/debates/TransCuba/documentos/ciudadan%EDa%20(trans)%20sexual.pdf), consultada el 23-10-2010.

14 Ordinario cit., pp.6-7.

menciones en la partida de nacimiento del transexual intervenido quirúrgicamente.

En definitiva, de acuerdo a la postura más reciente de este servicio público, se entrega al juez toda la autoridad para decidir en uno y otro caso si accede a la solicitud de cambio de nombre y de sexo, observándose un tímido avance en cuanto a no pronunciarse desfavorablemente en el caso de ausencia de operación de reasignación sexual como ocurrió otrora.

Sin embargo, en mi opinión resulta impertinente que el Servicio de Registro Civil e Identificación manifieste en sus informes la necesidad de que obre en autos prueba pericial médica en torno a acreditar la disforia de género, en lugar de limitar su pronunciamiento exclusivamente a materias que le competen, tales como, si el solicitante registra antecedentes criminales, si tiene hijos menores de edad a quienes pudiere afectar el cambio de identidad, si registra matrimonio, entre otras.

Por último, reitero que, sin pretender desconocer el importante rol de identificación de la población que cumple el Servicio de Registro Civil, no se debe confundir identidad con identificación, pues la identificación demuestra o reconoce la identidad de una persona pero no la constituye o la concede por gracia. La identidad es anterior a la identificación, toda vez que sólo puede identificarse lo que existe, lo que tiene identidad. Las personas transexuales por el solo hecho de existir detentan una identidad, la que constituye un derecho fundamental, lo cual es independiente de su identificación. La partida de nacimiento y la cédula nacional de identidad no confieren la identidad a las personas transexuales sino que lisa y llanamente las acreditan y la identificación siempre debiera estar supeditada a la verdadera identidad del titular.

En efecto, la identificación como instrumento preventivo al servicio del bien jurídico de la seguridad pública reconoce como límite el derecho a la identidad. Como analizábamos *supra* de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el artículo 19 N°26, la regulación legal de las garantías constitucionales no puede establecer requisitos o cargas que afecten los derechos en su esencia. Y en este caso sí se produce tal afectación por cuanto

la identificación se antepone como un bien superior al derecho a la identidad, el cual, como se ha demostrado, tiene amparo constitucional y legal.

Límites al derecho a la identidad

Preguntar sobre el contenido del derecho a la identidad significa preguntar también por sus límites, vale decir, hasta dónde puede llegar la cobertura del ordenamiento jurídico en relación con la pretensión del sujeto de determinar autónomamente los elementos que configuran su identidad.

En este sentido, FIGUEROA señala que le “parece lícito modificar voluntariamente la propia identidad personal, cuando con ello no se atente contra otros intereses jurídicos protegidos. Si es lícito al sujeto cambiar de nombre (o de pseudónimo) y modificar su firma, tomar una filiación diferente a la originaria (como sucede en el caso de la adopción) y modificar el estado civil, todos los cuales constituyen elementos estáticos de la identidad personal, no se divisan inconvenientes para que el sujeto pueda modificar también su patrimonio genético que constituye otro elemento estático de su identidad.”¹⁵

Coincidimos con FIGUEROA en cuanto a que, no se vislumbra inconveniente en amparar la pretensión de cada individuo de definir los elementos constitutivos de su identidad conforme a su autocomprensión y proyecto vital. Así las cosas no consideramos que haya objeciones sustantivas para ofrecer amparo jurídico a la pretensión de las personas transgéneras de consignar en los registros y documentos oficiales, el nombre y el sexo que se conforme con la autocomprensión de su identidad sexual, incluso, obviando su conformación biológica y/o lo inusual que ello pudiera parecer frente a los modelos tradicionales o predominantes del género en nuestra sociedad.

15 FIGUEROA, Gonzalo. Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento. Op. cit., p. 273.

Acaso el único límite que razonablemente se podría oponer a la autodefinición de la identidad por cada sujeto dice relación con la inalterabilidad de su pertenencia al género humano. De modo tal que, el ordenamiento jurídico no podría amparar la pretensión de autoexclusión o disponibilidad sobre la condición humana, por cuanto como se señaló, es precisamente la pertenencia al género humano y la dignidad asociada a esta condición las que fundamentan la existencia y contenido del derecho a la identidad.

Una segunda fuente de limitación razonable del derecho a la identidad viene dada por la evitación de que su ejercicio se instrumentalice para fines ilícitos¹⁶. Con todo, la evitación del fraude y del perjuicio a terceros no puede dar pie a un cercenamiento del derecho a la identidad, por ende, las limitaciones bajo este fundamento han de ser razonables y proporcionadas al fin perseguido. Por ello, nos parece criticable que la ley de cambio de nombre no autorice el mismo si en el respectivo extracto de filiación apareciera que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena. Además de la evidente vulneración de los principios de presunción de inocencia y *non bis in idem*, se produce una discriminación indirecta respecto de aquellos colectivos como las personas transgéneras que por el alto grado de marginación social que les afecta tienen severas dificultades de inserción en el mercado formal de trabajo, y en la práctica se ven compelidas a dedicarse a la prostitución y/o a actividades ilícitas.

Desde ciertas concepciones antropológicas esencialistas se plantean objeciones a una noción amplia del derecho a la identidad, afirmando que una concepción de la sexualidad subje-

16 Al respecto, FIGUEROA indica que: "...los ordenamientos jurídicos han establecido el delito de suplantación de persona y castigan los cambios de identidad, las cirugías deformadoras y otros ardides para eludir la identificación de inculpados en crímenes o delitos. Incluso existen legislaciones en que constituye falta no portar permanentemente la cédula de identidad." *Ibid.*, p. 266.

tivista, y del matrimonio y la familia de corte cultural, acaban negando la existencia de una base filosófico-antropológica permanente de estas realidades y las soluciones poseen una fundamentación reduccionista.¹⁷ Volveremos sobre ello.

Configuración del derecho a la identidad en el Derecho Comparado

FERNANDEZ, refiriéndose a este derecho, plantea que: “Cada persona elabora su proyecto de vida, único, intransferible, cuya realización comporta la definición de una determinada personalidad.”¹⁸

El jurista peruano explica que: “...por ser libres y poder valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial.”¹⁹

La Corte Constitucional de Colombia, en un fallo de 1995, dilucida el sentido y alcance de este derecho al señalar que: “El

17 Para esta posición, el subjetivismo se refleja en el rol de la autonomía de la voluntad cuando una persona decide cambiar su identidad sexual, que niega el principio personalista de la unidad sustancial del cuerpo y el espíritu que caracteriza a la persona humana. Para superar la situación de íntima contradicción entre ambos, sugieren una terapia psicológica que devuelva la unidad perdida a los transexuales, pues la operación quirúrgica acentuaría esa desintegración. Es evidente que, en la solución planteada, prevalece un criterio de primacía del sexo biológico. CAMPS, Marina. *Identidad Sexual y Derecho. Estudio Interdisciplinario del Transexualismo*. Navarra, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007, pp. 496-497.

18 Citado por FIGUEROA, Gonzalo. *Derecho Civil de la Persona: del genoma al nacimiento*. Op. cit., p.261.

19 Añade que: “Al decir ‘medios’ nos referimos a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los ‘otros’, las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración o a su menoscabo y retardo. Véase en: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ¿Existe un daño al proyecto de vida? [En línea] <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>> [Consulta: 25 de mayo de 2009].

derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos.”²⁰

En la jurisprudencia inglesa se reconocen dos etapas en materia de identidad sexual.²¹ La primera que aplica el denominado criterio BSD (biological sex is determinant), en virtud del cual para definir el sexo de una persona se atiende a factores biológicos. Resulta emblemático el caso *Corbett v. Corbett* (1963) donde se cuestiona si puede existir un matrimonio entre una mujer transexual, April Ashley, y el Sr. Corbett, un hombre. El juez Ormrod resolvió que: “El matrimonio es una relación que depende del sexo, no del género.”²²

Una segunda etapa comienza a partir de 1999, con la *Sex Discrimination Regulations*, que incluye medidas tendientes a aménorar la discriminación hacia el transexualismo.

En 2004 se adopta por el Parlamento la *Gender Recognition Bill*, cuyo objetivo es el reconocimiento legal y registral y el dar efectos legales plenos a las distintas identidades sexuales que una persona puede adoptar a lo largo de su vida sin que sea forzosa una intervención quirúrgica. En los últimos casos se resuelve que el sexo no tiene trascendencia jurídica y que cada persona

20 Citado por VELOSO, Paulina, ETCHEBERRY, Leonor, MUÑOZ, Andrea. El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de las normas de la Ley N°19.585. Op. cit., pp. 26-27.

21 CAMPS, Marina. Identidad Sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo. Op. cit., pp. 397 y ss.

22 En idéntico sentido: caso *S-T (formerly J.) v. J.*, 3 WLR 1287, Sentencia de 21 de noviembre de 1996; y *Re F (Minors) (Denial of contact)*, (1993), 2 FLR 677; (1993) Fam Law 673; (1993) Fam Law 15; (1992) 1 RCR 541, Sentencia de 19 de Enero de 1993. Con el caso *P. v. S. and the Cornwall County Council (UK)*, Case C-13/94 (1996) I ECR 2143; (1996) 2 C MLR 247, se introduce una jurisprudencia que considera cualquier diferencia de trato que tenga su causa en el sexo (sex-based) como una acción discriminatoria. En esta última dirección: *Chessington World of Adventures Ltd. v Reed* (1997) IRLR 556, sentencia de 27 de junio de 1997 y *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins* (1997) IRLR 297, sentencia de 13 de marzo de 1997. En 2001 se resuelve el caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.* (2001) AC27, extendiendo beneficios a pareja homosexual que considera como cónyuge de arrendatario fallecido.

tiene derecho a ejercer su identidad sexual, respetándose toda orientación sexual, evitándose así toda discriminación sexual.

Por su parte, primeramente España adoptó un criterio sociopsicológico, pero junto con ello, se reconocía cierto valor al sexo biológico, por ejemplo para el matrimonio, surgiendo la teoría de la ficción que reconoce jurídicamente a quien adquiere una apariencia sexual opuesta a la del nacimiento, pero con limitación de efectos²³.

En una segunda etapa, reconoce plenos efectos jurídicos al cambio de sexo y al criterio sociopsicológico fundado en el libre desarrollo de la personalidad.

En una tercera etapa ampara toda orientación sexual, no resultando trascendente la identidad sexual de la persona ni siquiera para la celebración del matrimonio²⁴.

Por último, el 15 de marzo de 2008 entra en vigencia la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación de la mención del sexo

23 Véase FJ 3, RJ 1987, 5045. Aquí el Tribunal Supremo Español sostiene que: “la decisión que se adopte ha de ser netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto ésta no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos”. Agrega que: “El varón operado transexualmente no pasa a ser una hembra, sino que ha de tenérsele por tal (...) será una ficción de hembra si se quiere, pero el derecho tiende su protección a las ficciones...” En igual sentido, STS 3 de marzo de 1989, RJ 1989,1993. El mismo tribunal acepta un recurso de casación por entender que la resolución recurrida, al no admitir el cambio de sexo registral del actor está impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, a la que tiende su sexo físico que es de mujer.

24 CAMPS, Marina. Identidad sexual y derecho, estudio interdisciplinario del transexualismo. Op. cit., pp. 436 y ss.

ante el Registro Civil, excluyéndose la cirugía e intervención judicial, para acogerla.^{25 26}

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cuestión de cambio de sexo tiene pleno reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente en sus artículos 8, 12 y 14.²⁷ Esta judicatura ha adoptado sus decisiones desde el pluralismo cultural, aceptando las diversas concepciones de identidad sexual de cada país.²⁸ El primer caso que se presenta

25 El art. 4 de dicha normativa dispone que: “1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. 2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.”

26 Resulta interesante observar el hito que marca esta normativa en el sentido de dar lugar a cambio de sexo sin intervención quirúrgica. Así, puede advertirse que antes de su entrada en vigencia, se deniega la pretensión por ese motivo en sentencias de: TRIBUNAL SUPREMO. ESPAÑA. Sentencia N° 811/2002. Sala de lo Civil, 6 de septiembre de 2002; AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. Recurso N° 200/2002. 7 de abril de 2003; AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. Sentencia N° 113. 24 de febrero de 2004; y AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. Sentencia N° 475/2005. 1 de septiembre de 2005.

27 El art. 8 del CEDH dice: “Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

28 Por su parte, el art.12 dispone: “Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes

por transexualismo es el de X. v. The Federal Republic of Germany (1974) en que el demandante se somete a una operación de varón a mujer e intenta infructuosamente cambiar su nombre y sexo en el Registro Civil. Finalmente, se llega a un acuerdo amistoso efectuándose una anotación marginal en su partida, y el TEDH ratifica dicho acuerdo, adoptando un criterio positivista sin entrar en el fondo de la cuestión.

Otro criterio asume en el caso Van Oosterwijck v Bélgica (1976), en que a un transexual varón se le niega la rectificación de su nombre por proceder sólo en caso de error. En este caso el TEDH consideró por unanimidad que hubo violación del artículo 8 del Convenio, pues concibe el derecho a la vida privada como aquél que tiene cada uno a vivir como desee y al pleno desarrollo de su personalidad.

En el caso Anita Eriksson el Asta Goldsmidt v Sweden (1989), el TEDH adopta un criterio psicológico, al negar la pretensión de casarse a las demandantes, una transexual mujer reconocida como mujer en el Registro Civil, sin operación quirúrgica, y una mujer, indicando que el artículo 12 del Convenio reconoce el derecho al matrimonio a personas de distinto sexo.

Crítica a las concepciones esencialistas o biologicistas de la identidad sexual

Obedecer a concepciones morales incluso con fundamento religioso en materia de identidad sexual no se condice con un estado laico, democrático, inclusivo y tolerante.

Desde un punto de vista práctico, sostener una concepción metafísica inalterable de la identidad, especialmente de la sexual,

nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.” Y el art. 14: “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

CAMPS, Marina. *Identidad Sexual y Derecho. Estudio Interdisciplinario del Transexualismo*. Op. cit., pp. 445-492.

conlleve que aquellos sujetos que tienen la desgracia de experimentar su cuerpo o biología como una cárcel, queden condenados a una perpetua exclusión y discriminación. En este caso, el derecho, en lugar de ser una herramienta de libertad frente a la condena social, reafirma la ejecutoriedad de dicha condena. Todavía peor, cuando exige la mutilación o agresión biológica para justificar un reconocimiento de la nueva identidad sexual.

Responde, asimismo, a esta visión esencialista de la identidad sexual, la exigencia de algunos ordenamientos de acreditar disforia de género, toda vez que se quiera modificar la identidad aún sin alteración del sexo biológico. Ello supone que la autodefinición de los elementos configuradores de la identidad no es un atributo de toda persona sino de aquéllas que conforme a determinados patrones de suyo discutibles padecerían una patología en torno a su identidad sexual. Entonces, el ejercicio del derecho a la identidad queda condicionado a la acreditación frente a la administración o a los tribunales, normalmente mediante peritaje médico, de la disforia sexual, lo cual no nos parece respetuoso de la autodeterminación de la persona humana.

Cabe preguntarse qué intereses jurídicos resultarían agravados a tal punto que resulte necesario que el ordenamiento jurídico erija semejantes barreras al ejercicio del derecho a la identidad. Por de pronto, no vislumbramos alguno.

Hacia a una nueva concepción del derecho a la identidad desde la dignidad humana y la autodeterminación

La noción de dignidad entraña la idea de excelencia o de realce de la persona humana. Esta exaltación de la persona que es la dignidad se fundamenta en los extraordinarios atributos que definen la condición humana -libertad y racionalidad- y que elevan al individuo humano por encima de todos los demás seres. Ser digno, significa, además de “poseedor de dignidad”, ser “merecedor de algo”. Parece razonable admitir -ya como inmediata intuición moral, ya a través de un juicio meditado- que ese algo que merece toda persona en virtud de su dignidad es respeto, vale decir, miramiento, consideración y deferencia a su estatus de persona, de criatura libre y racional. Aunque admite otras formulaciones,

traducido a términos kantianos este deber de respeto insta a contemplar a cualquier persona siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma y no utilizarla nunca solo como medio.²⁹

Al igual que lo que se argumentó en su oportunidad a propósito de la reforma filiativa, la institución del matrimonio y la de la familia pueden ser muy valiosas y el Estado tiene el deber de protegerlas y fortalecerlas, pero no puede pretender hacerlo a costa de discriminar a las personas transgéneras (y a cualquier persona) impidiendo que ejerzan su derecho a la identidad y lleven a cabo su proyecto de vida, porque eso implica transformarlas en un medio para promover un fin, por muy valioso que éste sea. Las personas jamás han de considerarse un medio, son un fin en sí mismas, justamente este aspecto es esencial a la dignidad humana.

Hay que considerar como un dato decisivo que el reconocimiento de la autonomía significa concebir a la persona como agente moral responsable de sus propias decisiones, y que, “cuanto más fundamental sea y mayor alcance tenga una determinada decisión sobre la vida de un individuo, más sustancial es el interés de éste por disfrutar de autodeterminación para tomarla”³⁰

A partir de lo expuesto, creemos que la definición del contenido del derecho a la identidad, al menos en lo que al nombre y sexo se refiere, debiera quedar entregada a la autodeterminación de la persona titular, con independencia de factores objetivos sociológicos o biológicos.

Asimismo, la opción de política legislativa del Estado para garantizar el derecho a la identidad debe estar determinada por el respeto a la dignidad de la persona y a su autodeterminación, valores fundantes del ordenamiento jurídico chileno. En este senti-

29 Así en: PALAVECINO, Claudio. La intimidad del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos. [En línea] Revista de Derecho (Valdivia). Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 27-53.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-09502005000200002&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 14 de junio de 2009].

30 BUCHANAN, A., BROCK, D. W., DANIELS, N. y WIKLER, D. Genética y Justicia. Madrid, Cambridge University Press, 2002, p. 202.

do, no nos parece que la ley española sea el modelo más digno de ser emulado por nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la posición asumida por los órganos del Estado -en particular los tribunales de Justicia y el Servicio de Registro Civil e Identificación- que limita la autodeterminación en función de un criterio externo de índole anatómica (sexo biológico), debe ser revisada y cambiada para un adecuado respeto y promoción del derecho a la identidad. Pues si la Constitución (art. 19 N°2) prohíbe toda discriminación arbitraria y es tal la que se basa en la raza, el origen, el sexo, etc., no puede ser el propio Estado el que discrimine arbitrariamente fundándose en la identidad sexual de las personas.

Una Mirada a la No Discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual desde los Desarrollos Internacionales de *Soft Law**

Ximena Gauché Marchetti

Abogada, Universidad de Concepción. Doctora en Derecho, Programa de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derechos Humanos, Universidad Internacional de Andalucía. Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España y Universidad Complutense de Madrid. Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile.

Resumen

Este trabajo presenta, desde la realidad de ineficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos especialmente en la parcela referida a la sexualidad, una panorámica de los principales instrumentos considerados de *soft law* que han venido abriendo espacios a la consideración normativa de la discriminación por identidad de género y por orientación sexual.

Antes se hace una breve conceptualización de qué y cuáles son los instrumentos que pueden entrar en esta categoría de *soft law*, todo ello en una presentación que busca atribuirles algún

* Este artículo, actualizado en septiembre de 2010 por la autora, y la ponencia que le dio origen, se enmarcan a su vez en la Tesis “Discriminación por Sexualidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con especial referencia a la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género” que la autora realizó para optar al Grado Académico de Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la dirección del Profesor José Antonio Pastor Ridruejo y en el Programa de Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, calificada en julio de 2011 por el Tribunal de defensa con máxima distinción por unanimidad.

valor, especialmente a aquellos que emanan de actores estatales y otros sujetos internacionales, desde una posición que asume que no todo aquello que se da en llamar *soft law* ha de considerarse como “no derecho” sino que lo mira como elemento coadyuvante a las manifestaciones formales que dan vida a esta disciplina.

Introducción

Hoy existe respaldo institucional y jurisprudencial para considerar a la no discriminación como un mandato eje del orden jurídico de derechos humanos.

Sin embargo, si bien se puede asumir con fundamento que existen normas abiertas para sancionar toda clase de discriminación¹, es un hecho cierto que no todos los criterios de discriminación han sido considerados de la misma forma en los desarrollos tradicionales, y si bien cada vez es más abundante la lista de rasgos identitarios que quedan protegidos sin duda muchos aspectos no reciben real interés normativo por los sujetos internacionales.

En esa lógica, varios aspectos referidos a la sexualidad como rasgo definitorio de identidad del ser humano - específicamente la *identidad de género* y la *orientación sexual* - quedan fuera de una protección expresa y con ello se coloca en situación desmejorada a personas lesbianas, gays, transgéneros, bisexuales e intersexuales. (LGTBI).

Efectivamente, la prohibición de “discriminación por sexo” que leemos en varios tratados internacionales suele hacerse en verdad sinónima sólo de lo que es en realidad el *sexo*: las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Sin embargo, desde el inicio en los Estados Unidos de América de la llamada

1 Ejemplo es el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“revolución sexual” a mitad del siglo XX² cada vez es más frecuente que muchos aspectos referidos a la sexualidad humana sean especialmente considerados por mujeres y hombres para vivir libremente su identidad en buena parte del planeta. Desde la reivindicación por una cierta *identidad de género*, hasta la posibilidad de manifestar libremente el amor por alguien que puede ser o no del mismo *sexo* o *género*, la sexualidad es parte ya del discurso de muchos individuos y se construye en clave de derechos.

Estos cambios en la sociedad han otorgado visibilidad a las exclusiones que viven muchos y muchas por causas vinculadas a su sexualidad y hacen que la determinación de mecanismos efectivos de protección sea entonces una cuestión relevante, siendo insuficiente adoptar instrumentos de promoción y protección de los derechos sólo de la mujer, contar con cláusulas abiertas de no discriminación, o entender que la sexualidad forma parte del “derecho a la vida privada” para en realidad ir generando vehículos internacionales de lucha contra la discriminación que viven los grupos LGTB.

Como además en el caso de la *identidad de género* y la *orientación sexual* se conjugan condicionantes de tipo social, político, religioso o cultural, el establecimiento de marcos jurídicos adecuados y efectivos no ha sido un tema fácil de abordar en las instancias internacionales.

Esto ha dado espacio al nacimiento de importantes desarrollos sin real fuerza vinculante y que forman parte de lo que se puede llamar un cuerpo de *soft law* en la materia³; categoría

2 Sobre este proceso véase SOUTHERLAND, Harold P. Love for sale – Sex and the Second American Revolution. *Duke Journal of Gender Law and Policy*. 15(1):49-125, 2008.

3 Esto no supone ausencia de estas materias en los ámbitos formales del orden internacional. En efecto y como ejemplo, hay que decir que dentro del Derecho Internacional se viene abriendo paso lentamente la incorporación del criterio de la *orientación sexual* en el marco de la no discriminación. A propósito de la comunicación individual de *Nicolás Toonen contra Australia* (Doc. CCPR/C/50/D/488/1992), el Comité de Derechos Humanos declaró en 1994 que las leyes nacionales que penalizan el sexo consensuado entre varones adultos, violan el derecho a la privacidad y el principio de la libre determinación, agregando que la referencia a la expresión *sexo* que se contiene en las cláusulas de no discriminación del

amplia que sirve a buena parte de la doctrina internacionalista para incluir la enorme cantidad de actos e instrumentos de variada significación tanto en cuanto a su denominación, a sus fines, a los sujetos y/o actores internacionales que intervienen en su nacimiento y su puesta en ejecución y que ha venido a erosionar en alguna medida el rol “clásico” que han tenido los tratados y la costumbre internacional como fuentes principales del derecho internacional. Además, el *soft law* no sólo ha determinado el alcance de la técnica normativa sino que además ha alterado el marco de esta, especialmente en el ámbito de los derechos humanos y su protección.

Sobre estas premisas, a continuación presentaré qué se puede entender por *soft law*, para luego mostrar su estado actual de desarrollo desde lo que son los más recientes instrumentos de *soft law* para la no discriminación por razón de *identidad de género* y *orientación sexual*, reflexionando luego sobre su real alcance y significación para avanzar en lograr la igualdad de todos los seres humanos.

Entendiendo la idea de *soft law*.

Sobre la base de que el derecho internacional es no formalista y voluntario, lo cierto es que es esa voluntad de los Estados la que determina el “quantum” de juridicidad de los acuerdos que celebren.

Esta es la cuestión en que se mueve el *soft law*.

Aunque el nombre genera diferencias académicas entre quienes lo usan –encontrando desde quienes defienden su

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1. y 26) debe entenderse como comprensiva de la *orientación sexual*.

Si bien no me parece correcto asimilar las expresiones *sexo* y *orientación sexual*, no es posible negar la trascendencia que tal asimilación provoca en el marco de los remedios jurídicos contra la no discriminación frente a los vacíos de los tratados internacionales en cuanto a la *orientación sexual* como criterio de discriminación expresamente protegido.

existencia y utilidad⁴ hasta quienes lo rechazan por existir ya otros nombres que bien pueden usarse, como *lex in statu nascendi* o *derecho en agraz*, distinguiendo además el *soft law* formal del material⁵— en general se puede decir que la expresión alude a una gama variada de instrumentos que reciben nombres también diversos: códigos de conducta, memorándum de entendimiento, actas, directrices, programas, principios, declaraciones, resoluciones de organizaciones internacionales.

Más allá de la variedad de nombres, siguiendo la agrupación que hace Mazzuelos⁶, parece que las principales manifestaciones de *soft law* quedan constituidas hoy por las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente.

En cuanto a las primeras, algunas notas especiales merecen las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene una amplia competencia como surge del artículo 10 de la Carta y que, conforme al artículo 13, promueve estudios y hace “*recomendaciones*” para los más variados fines, entre ellos, ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Si bien sólo está facultada para formular recomendaciones no vinculantes a los Estados a propósito de cuestiones de carácter internacional que correspondan a su ámbito de competencia, ha adoptado medidas políticas, económicas, humanitarias, sociales y jurídicas que han influido - o pretenden influir - en la vida de miles de personas.

4 PASTOR RIDRUEJO, J. A. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 12ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 153-154. BOYLE, A. E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ). 48(4):901-913, octubre 1999.

5 MAZZUELOS BELLIDO, Ángeles. *Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* [En línea] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004). <<http://www.reei.org/reei8/articulos8.htm>> [Consulta: 22 de febrero de 2006]

6 *Ibid.*

Frente a su existencia la cuestión central es si a partir de una resolución se puede hacer exigible una conducta a un Estado.

Al respecto se refiere Pastor Ridruejo, quien partiendo de la premisa de que aquellas resoluciones de la Asamblea General no son *per se* obligatorias para los Estados miembros y que ésta no es un órgano legislativo mundial, concluye que no se puede suponer que las resoluciones en cuestión dejen de producir efectos en la formación del Derecho Internacional. En esa lógica agrega que estas declaraciones pueden constituir una fuente de este derecho de manera similar a la formación del *consensus* en las conferencias para la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional⁷.

Agrega que hay que distinguir los efectos que pueden producir en función del tipo de resolución: algunas declaran o confirman normas consuetudinarias en vigor; otras desarrollan y precisan algunos de los principios fundamentales de la Carta y otras contienen nuevos principios de derecho internacional.

Así las cosas, Pastor es de la opinión que algunas pueden ser el punto de partida de una norma consuetudinaria y también pueden ser el punto final de la formación de ese derecho⁸.

Con independencia de estas consideraciones, factores que inciden en el valor de la resolución y su impacto en la sociedad internacional son la forma de su aprobación (unánimemente, con fuerte mayoría, por consenso o aún con oposición), el tiempo necesario para su adopción, su contenido, y la aplicación posterior que hagan los Estados. En otras palabras, todas aquellas circunstancias que rodean su adopción. Ejemplo clásico es la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada como Resolución 217 (A) en 1948⁹.

7 PASTOR RIDRUEJO, J.A. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Op. cit., p. 150.

8 Véase: *Ibid.*, pp. 151-152.

9 Sobre el punto, Carrillo Salcedo señala "Pero las resoluciones y declaraciones de contenido normativo de la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden contribuir también

La Corte Internacional de Justicia en tanto ha dicho que las resoluciones de la Asamblea General, incluso aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*¹⁰. Este sería un enfoque que vincula directamente la resolución con la formación de una costumbre internacional a lo que hay que agregar la posibilidad de que de la resolución se de paso a un tratado.

Sin embargo, la pregunta sigue viva cuando la necesaria *opinio iuris* colectiva o el acuerdo para la norma convencional se encuentran en formación.

Es en ese espacio donde el valor real de las resoluciones presenta complicaciones al clásico esquema de fuentes y conduce a hablar de *soft law*.

Los principios de buena fe, del *estoppel*¹¹ y la regla del efecto útil sirven como argumentos para sostener que un cierto grado de normatividad se les puede atribuir. Así, si bien no existe una eventual sanción por su incumplimiento sí es posible pedir al Estado consecuencia de actuar en sentido congruente a ellas. En otras palabras, si bien no serían exigibles en una sede ju-

a la formulación de principios generales del Derecho internacional de rango estructural o constitucional. Este es el caso, en mi opinión, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que recogió principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y dio precisión, además, a principios generales del Derecho internacional desarrollando el de la dignidad intrínseca de la persona que había proclamado la Carta de San Francisco, en 1945". CARRILLO SALCEDO, J.A. Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después. Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 92-96.

10 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. En: ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Desarme general y completo. 19 de julio de 1996, U.N. Doc. A/51/218. Párrafo 70.

11 La expresión *estoppel* denota la idea de que un estado puede llegar a verse obligado por actos que estrictamente carecen de valor jurídico a fin de impedir que otro se perjudique con el mérito de las contradicciones del primero. Comparto en todo caso con el Profesor Remiro Brotons que el *estoppel* debe dejarse para el ámbito estrictamente procesal para garantizar un aparato conceptual operativo y una función específica aunque residual en el Derecho Internacional. Véase: REMIRO BROTONS, A., "et al". Derecho Internacional. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 308-310.

risdiccional, sí lo pueden ser en sede política. Aún más, en el ámbito estrictamente convencional, la relación de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas puede servir de marco para reconocer en ellas un germen de obligatoriedad a los sujetos internacionales.

La cuestión no es en todo fácil de resolución y se complica más cuando el contenido de esas resoluciones alude a modificar normas de carácter vinculante, cuando se les incorpora por vía de referencia en tratados internacionales o cuando se pretende llegar a establecer una norma de *ius cogens*. Aquí es donde los elementos de sujetos, contenido y circunstancias que rodean su adopción cobran especial relevancia. Hasta la denominación que las partes usen, *declaración* o simplemente *recomendación*, puede ser un elemento que ayude¹².

En el ámbito específico de la *identidad de género* y la *orientación sexual* el análisis de estas circunstancias llevaría a ver con bastante cautela el real “peso” - en cuanto *soft law* evidentemente - de los últimos instrumentos internacionales, tema sobre el que volveré luego.

Ahora bien, cuando vamos al derecho de los actores no estatales el tema se enlaza directamente con la constatación de actores internacionales que empiezan a tomar un cierto protagonismo en la formación de las fuentes; rol que en el esquema tradicional sólo está reservado a los Estados y a las organizaciones internacionales¹³.

La cuestión no es menor pues claramente estos múltiples actores no estatales, desde Organizaciones No Gubernamenta-

12 Sin duda más trascendencia han tenido algunas de las resoluciones adoptadas como Declaraciones por la ONU, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), la *Declaración sobre los principios jurídicos que debe regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (1963), la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (1960) o la *Declaración del Milenio* (2000).

13 Véase: GAUCHE, X. La intervención de la sociedad civil en el marco de las Naciones Unidas: un nuevo cauce para el logro del Desarrollo Humano. En: ALVAREZ, A. y GAUCHE, X. (Eds.). *Reflexiones sobre Desarrollo Humano: Derechos, Política y Globalización*. Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2008, (Colección del Programa de Estudios en Desarrollo Humano), pp. 139-171.

les (ONG's) hasta empresas transnacionales, han ido desarrollando ciertos instrumentos con la pretensión de darles cierto grado de valor normativo a la par por cierto del ejercicio de esta influencia cada vez mayor en la elaboración de normas internacionales vinculantes.

Esos instrumentos pueden considerarse también como *soft law*¹⁴ y lo que los hace especialmente interesantes es su gestación desde actores que carecen de personalidad jurídica de derecho internacional, a diferencia de otros instrumentos que entran en esta categoría de “derecho blando”.

Nuevamente el ámbito de los derechos humanos muestra muchos ejemplos. Desde la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, de 1976¹⁵, pasando por las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1997¹⁶ hasta los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, de 2006.

Un tercer grupo de instrumentos son los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente. En este caso volvemos a instrumentos emanados de sujetos internacionales y nos movemos en los acuerdos que los Estados firman sin el ánimo de hacer surgir de ellos una obligación internacionalmente exigible. El ejemplo emblemático ha sido el *Acta Final de Helsinki*, de 1975 o más recientemente la *Declaración de Durban y el*

14 En ese sentido se ha dicho que el *soft law* se integraría, entre otro tipo de instrumentos por: “...statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but with purport to lay down international principles”. CHINKIN, C. M. The challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 38(4):850-866, 1989, p. 851.

15 Adoptada en Argel por la Liga Internacional para la Liberación y los Derechos de los Pueblos.

16 Adoptadas por un grupo de expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de los Estados Unidos de América y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, en el marco del 10º aniversario de la adopción de los Principios de Limburgo sobre Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Programa de Acción, documento resultado de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban, en 2001.

Nuevamente acá surgen muchas interrogantes que no pueden en todo caso cegar ante la abrumadora realidad de su existencia y su utilidad como mecanismos para dar espacio a muchos temas de la agenda de derechos humanos. Prueba de ello es el seguimiento que los Estados hacen de estos acuerdos, lo que abona a la tesis de que algún grado de obligatoriedad surge de ellos. Ejemplo ha sido la Conferencia de Examen de Ginebra, destinada a evaluar el proceso hacia el logro de los objetivos planteados en Durban, celebrada entre el 20 y 24 de abril de 2009.

Instrumentos de *soft law* para la garantía de la no discriminación por *identidad de género y orientación sexual*.

La generosidad del trabajo de los Estados y de actores no estatales permitiría hacer una abundante selección de instrumentos que podría encuadrar en lo que antes he precisado como *soft law*.

Sin embargo, dadas las limitaciones de este espacio y por la trascendencia que tiene el tema, sea desde el punto de vista de su indefinida naturaleza jurídica como desde la óptica de su reciente impacto sustantivo a la cuestión de la no discriminación sólo me referiré a los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, y a los instrumentos adoptados en la materia en el seno de la ONU y de la OEA.

Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

En noviembre de 2006 fueron adoptados en Indonesia los llamados *Principios de Yogyakarta*, presentados oficialmente en marzo de 2007 coincidiendo con la sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, y relanzados en noviembre de 2007 a las Naciones Unidas en Nueva York con el patrocinio de Argentina, Brasil y Uruguay.

En su elaboración trabajó un grupo de expertos internacionales en derechos humanos, provenientes de 25 países de todas las regiones del planeta y del mundo del activismo, la oficialidad, la judicatura y la academia.

Bajo una óptica que se basa en la dignidad, la igualdad y la libertad de todo ser humano a gozar y ejercer los derechos que a todos se reconocen, sin que tenga incidencia alguna el *sexo*, el *género* - o la *identidad de género* - o su *orientación sexual*, los *Principios* vienen a sostener desde un punto de vista sustantivo una proyección del principio de no discriminación.

Desde otra perspectiva, lo que hacen es recoger cómo se debería aplicar la legislación internacional sobre derechos humanos a las cuestiones de *orientación sexual* e *identidad de género*, estableciendo recomendaciones para cada caso.

Así, los principios 1º al 3º consagran justamente el principio de no discriminación en el goce de los derechos humanos universales y el derecho de toda persona a ser reconocida ante la ley. Los principios 4º al 11º abordan los derechos referidos a la seguridad humana y personal. Los principios 12º al 18º establecen la no discriminación por *orientación sexual* o *identidad de género* para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Los principios 19º al 21º refieren la importancia de gozar de libertad de expresión, de opinión y de asociación. Los principios 22º y 23º, en tanto, tratan la libertad de movimiento y el derecho de todos a solicitar asilo si alguien es perseguido por su *orientación sexual* o

identidad de género. Los principios 24° al 26° se refieren al derecho de las personas a participar en la vida cultural y familiar de la comunidad. El principio 27°, por su lado, se refiere a los derechos de los defensores de los derechos humanos y la obligación estatal de proteger a quienes defiendan los derechos en función de una *orientación sexual* o por *identidad de género*. Finalmente, los principios 28° al 29° establecen el derecho a recursos legales y a reparaciones en el marco de la debida responsabilidad.

Como se aprecia entonces, éste es un enfoque que busca que la *orientación sexual* y la *identidad de género* se tengan en cuenta para no discriminar en el goce de los derechos ya reconocidos internacionalmente más que un enfoque que busque aportar a la construcción de derechos especiales para estas minorías sociales.

En esa lógica, bien vale la pena preguntarse qué valor jurídico tienen estos *Principios*, especialmente si consideramos que incluyen 16 recomendaciones dirigidas a instituciones de derechos humanos, organismos profesionales, patrocinadores, ONG's, a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a las propias Naciones Unidas, a los órganos de los tratados, a los Procedimientos especiales y a otros agentes.

Desde un estricto punto de vista jurídico hay que reconocer que no son una fuente de obligación para los Estados. Sin embargo ¿es posible y acertado restarles todo mérito normativo? La cuestión del valor del *soft law* resulta acá aplicable como un ejemplo de instrumento que emana de actores no estatales y que busca decir cómo deben interpretarse normas convencionales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género

Esta Declaración tuvo su origen en una iniciativa francesa respaldada por la Unión Europea, lanzada en mayo de 2008 y que fue presentada oficialmente en la ONU el 18 de diciembre de 2008, siendo leída por el delegado de Argentina.

Está firmada por 66 estados¹⁷ considerando que habiendo quedado abierta a la firma, en marzo de 2009 el Presidente de los Estados Unidos, Barak Obama, la ha suscrito también.

En lo sustancial, el texto leído urge a los Estados miembros de la ONU a tomar las medidas necesarias, sobre todo legislativas, a fin de que la *orientación sexual* y la *identidad de género* bajo ninguna circunstancia sean castigadas de manera penal.

Pone alerta sobre los atropellos de derechos que sufre la comunidad LGTB y llama a evitar que por la preferencia sexual se realicen prácticas como “el uso de la pena de muerte; ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el arresto o detención arbitrarios, y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluido el de la salud”.

En lo que toca a su carácter de *soft law* hay que decir que en la idea original de sus promotores se trataba de adoptarla como una “resolución” de la Asamblea General, idea que no prosperó por encontrar fuerte oposición en un grupo de países que llegando a formalizar su rechazo, aprobaron una declaración en sentido contrario.

Nuevamente acá cabe preguntarse sobre su naturaleza, sobre todo porque parece destinada en lo sustancial a querer influir en los órdenes normativos internos.

La respuesta conduce otra vez a la pertinencia de considerar el *soft law*.

17 Los países que la han firmado son: por AFRICA: Cabo Verde, República Centroafricana, Gabón, Guinea-Bissau, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe. Por AMERICA: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Por ASIA: Armenia, Georgia, Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental. Por EUROPA: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República de Macedonia, Reino Unido. Por OCEANIA: Australia y Nueva Zelanda.

Las Resoluciones de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género

El 3 de junio de 2008 la Asamblea General de la OEA aprobó una Resolución denominada *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*¹⁸ que en lo sustancial y considerando como marco normativo las declaraciones universal y americana de derechos humanos básicamente “manifiesta su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género” y encarga a los órganos respectivos de la OEA incluir el tema en su agenda.

Ante semejante manifestación de buen propósito siguió una preocupación continental fuertemente impulsada por Brasil quien en mayo de 2009 propuso una nueva resolución¹⁹ que, con bastante más elocuencia, buscaba seguir manteniendo el tema en la agenda de la organización.

Este proyecto incorporó nuevos elementos como el concepto *expresión de género* que se vincularía con las manifestaciones externas de identidad sexual, como sería por ejemplo el vestuario.

En su fundamento, un aspecto interesante es que toma nota en el Preámbulo de la *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género* presentada en Naciones Unidas, lo cual viene a reforzar la idea de la cierta fuerza que tiene el *soft law*.

Sobre esto la verdad es que resulta interesante que el instrumento al cual se alude tenga en si mismo una fuerte carencia de “legitimidad” en su gestación, claro, como instrumento blando.

18 ASAMBLEA GENERAL. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

19 PROYECTO DE RESOLUCIÓN. Derechos humanos, orientación sexual e Identidad de género. Presentado por la delegación de Brasil. Aprobado por la Comisión en su sesión del 15 de mayo de 2009. Doc. OEA/Ser.G CP/CAJP-2739/09

En tal sentido, no parece que una declaración suscrita por 14 de los 34 miembros de la OEA sea un texto con gran peso político.

En la parte resolutive desarrolla de forma más detallada el enfoque de prevención e investigación de los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos cometidos a causa de la *orientación sexual, la identidad y expresión de género*.

Con esa propuesta y en medio de lo que fue el desarrollo del trigésimo noveno período de sesiones de la OEA, el 4 de junio de 2009 se aprobó una segunda *Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*²⁰ que establece que se condenan los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionados, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y señala la importancia de la Declaración adoptada sobre la materia por las Naciones Unidas en 2008, es decir, un instrumento blando toma nota de otro instrumento blando.

Esta nueva resolución no incluye en definitiva la noción *expresión de género* y se enmarca en la cultura de la no violencia que se tomó como eje en este año 2009 en la OEA y que terminó con una referencia expresa a la violencia generada por cualquier tipo de discriminación, incluida la basada en la orientación sexual²¹.

En el texto de esta segunda resolución se urge a los Estados a investigar hechos de violencia que ocurren por esta razón y se les insta a asegurar y proteger a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas sobre violencia contra individuos por *identidad de género u orientación sexual*.

20 ASAMBLEA GENERAL. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.

21 Efectivamente, en la Declaración *Hacia una Cultura de la no Violencia* de San Pedro de Sula adoptada en Honduras el 4 de junio de 2009 (Doc. AG/17-09) se establece que hay que garantizar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, los afro-descendientes, los migrantes y sus familias y las personas en situación de vulnerabilidad, particularmente aquellos afectados por la violencia generada por cualquier tipo de discriminación, incluida la basada en el origen racial o étnico, la orientación sexual y la xenofobia.

Desde un punto de vista normativo, se hace un llamado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a otros órganos del sistema para incluir el tema en sus agendas.

Si bien esta resolución ha sido apoyada por los grupos continentales que defienden los derechos de los grupos LGTB ha sido también criticada por no incluir en definitiva la idea de *expresión de género* que es la causante de buena parte de las violentas manifestaciones de intolerancia que viven estos grupos.

La crítica, junto a un serio llamado a la institucionalidad americana a avanzar en el camino de la no discriminación por *orientación sexual e identidad de género* se formalizó antes incluso en la llamada *Declaración de San Pedro Sula, de la Coalición de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersex de las Américas*.

Se trata por cierto de otro instrumento de *soft law* (emanado de actores no estatales) adoptado por diversas organizaciones LGTB reunidas en Honduras en mayo de 2009, amparándose en algunas directrices de la Asamblea General de la OEA que determinan un marco normativo para promover y fortalecer la participación de la sociedad civil en la misma y en el proceso de Cumbres de las Américas y señalando la importancia de la resolución adoptada en 2008.

En este instrumento manifestaron su preocupación por la omisión del concepto de *identidad y expresión de género* puesto que ella es parte fundamental del ejercicio de la libertad cultural y construcción identitaria.

Agrega el texto - en lo que bien se puede considerar un desarrollo progresivo del tema - que la violencia no sólo se circunscribe a ataques físicos, maltrato policial, abuso de autoridad o crímenes de odio. También incluye prácticas de violencia privada, como son uniones matrimoniales forzadas, el sometimiento a estereotipos y roles de género que restringen el libre desarrollo de la personalidad y la sexualidad, el encierro forzado y la tortura en clínicas de “rehabilitación”, que muchas veces concluyen en suicidio, refiriendo claramente que en el caso de afrodescendientes, mujeres, indígenas, jóvenes, migrantes, ancianos y dis-

capacitados se acentúa la violencia ejercida contra las personas por razón de su *orientación sexual e identidad y expresión de género*.

Lo más relevante es la demanda que hacen a la OEA para incluir la *identidad de género* en su programa de derecho a la identidad, de manera que inste a los Estados a desarrollar la normatividad y el marco legal necesario para eliminar la exclusión social por medio del reconocimiento jurídico de estas personas.

En la misma línea hace un llamado a que los Estados miembros del Caribe Anglófono eliminen las leyes que criminalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y todas aquellas otras leyes que limiten el libre desarrollo de la personalidad o inciten a la violencia social; a que los Estados se comprometan a diseñar políticas nacionales e integrales orientadas a la implementación de buenas prácticas en todos los ámbitos, sociales, educativos y profesionales y la creación de observatorios que den cuenta de la situación vigente de violaciones a derechos humanos.

Insta asimismo a que la Asamblea General adopte la Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia²² y a que los Estados miembros se comprometan a concluir la negociación del anteproyecto respetando los avances sustantivos logrados durante los últimos años.

Sin duda esta última es la parte más relevante: un documento que emana de actores no estatales hace un fundado y sólido llamado a los actores estatales a la codificación y al desarrollo progresivo del tema.

Durante el año 2010 y en el marco del 40vo. período de sesiones de la OEA, celebrado esta vez en Lima, Perú, el tema fue nuevamente considerado adoptándose el 8 de junio la resolución “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”²³ que, patrocinada por Brasil y copatrocinada por Boli-

22 PROYECTO DE RESOLUCIÓN. Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Doc. AG/Doc. 4959/09.

23 ASAMBLEA GENERAL. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10). Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

via, se destaca no sólo por condenar los actos de violencia y de violaciones de derechos humanos cometidos contra personas por su orientación sexual o su identidad de género y expresar su preocupación por la violencia que afecta a los defensores de los derechos humanos que trabajan estos temas, sino que insta además a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para combatir las violaciones por orientación sexual o identidad de género, garantizando el pleno acceso a la justicia para sus víctimas, pidiendo a la Comisión Interamericana que estudie la posibilidad de realizar un estudio temático.

Por primera vez, esta resolución incluye la noción de discriminación por orientación sexual e identidad de género, instando a los Estados a tomar medidas contra ella.

El llamado que se hace a la Comisión a realizar un estudio temático es sin duda relevante pues, aunque en sí mismos carecen de fuerza vinculante, tales informes tienen en verdad en el marco del sistema interamericano, al menos, un peso político relevante que puede ayudar en esta causa de no discriminar a nadie por vivir o sentir una sexualidad diversa.

Reflexiones finales

Muchas parcelas de ese enorme mundo en constante construcción que se llama “derechos humanos” son especialmente sensibles a acuerdos vinculantes.

Prueba de ello es la enorme cantidad de programas, recomendaciones, principios o directrices, por citar los principales instrumentos de extraña calificación normativa que dan lugar para que la discusión sobre el *soft law* se instale en el mundo jurídico de los derechos humanos.

Ahora bien, la cuestión de la *identidad de género* y la *orientación sexual* parece ser *el* tema en estos tiempos que puede regularse principalmente por esta vía.

Al parecer, la sola idea de pensar en la regla del *pacta sunt servanda* aleja a los Estados de los tratados y ni aún las mal usadas figuras de las reservas o las declaraciones interpretativas sirven para afirmar una voluntad colectiva regional o de pretensión uni-

versal a favor de la no discriminación por *identidad de género u orientación sexual*, partiendo además de la premisa de que cada vez es más frecuente que los Estados extiendan el uso del *soft law* para evitar el avance de la erosión de su soberanía.

Por otro lado, la complejidad de factores que inciden en la materia, desde religiosos, valóricos y culturales hasta los propios de derecho positivo interno hace que nos movamos en un tema particularmente sensible. Tan sensible como lo son en estos tiempos buena parte de las cuestiones que emanan de la sexualidad humana en un amplio sentido. El conflicto que produce la idea de extender la parentalidad a parejas del mismo sexo en muchas sociedades es un claro ejemplo de cómo se podrán hacer distintas apreciaciones de lo que involucra la *sexualidad* en la vida de las personas, resultando muy difícil - si no imposible - encontrar una posición que no lleve parte de razón y parte de sin razón frente al tema de los derechos reclamados por los gays y lesbianas a obtener un reconocimiento formal a sus uniones afectivas estables, poder formar una familia y criar hijos dentro de ellas, y el derecho de niños y niñas a ser amados y crecer en contextos familiares armónicos, cualquiera sea la preferencia sexual de sus padres biológicos.

En esa línea de pensamiento no resulta entonces difícil entender la complejidad que encierra el usar el esquema clásico de fuentes de obligación para los Estados.

Ante esta realidad entonces y la cuestión sobre dónde se ubican y qué valor tienen los instrumentos blandos que se adoptan, la rica variedad que muestra la vida internacional parece aconsejar ir caso a caso para ver que “grado” de obligatoriedad se puede dar a cada texto considerando múltiples aspectos.

Ese análisis debería hacerse en todo caso optando por reconocer la utilidad de su existencia antes que instar por omitir su consideración o estimar que lo *soft* debe ser sinónimo inmediato de “no derecho”.

En efecto, esta opción ayuda a que el sistema internacional normativo no quede estancado ya que permite que los principales sujetos desarrollen distintos niveles normativos y a la vez que

actores no estatales puedan intervenir en aquellos temas que van requiriendo un tratamiento normativo por *soft* que éste sea.

Además, en el caso de los Estados, esta vía puede ser útil para obviar el trámite de pasar por los órganos legislativos en el nivel interno que pueden no estar en un cierto momento y tiempo dispuestos a consentir que las autoridades comprometan jurídicamente al Estado pudiendo también saltar engorrosos procedimientos para su reforma en el plano internacional.

Desde esa mirada y hablando de su utilidad, bien vale pensar en que sea mejor contar con un instrumento blando que con un tratado plagado de reservas, declaraciones interpretativas o que use la enorme gama de mecanismos de flexibilidad que hoy muestra la práctica²⁴ para abordar así nuevos temas de la agenda social.

Sin embargo, al no ser realmente “derecho internacional” muchas cuestiones surgen y quedan sin respuesta.

¿Qué valor se les puede atribuir dentro del proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Qué derecho gobierna en realidad estos instrumentos? ¿Cómo se incorporan a las jurisdicciones domésticas?

Mención aparte para las sanciones por incumplimiento. Si ello es ya un tema difícil en el ámbito de los tratados ¿Qué podemos esperar frente a las infracciones del *soft law*? ¿Sirven de algo cuando la violación es sistemática y masiva, y obedece a una política de un gobierno determinado? ¿Sirven cuando se trata de las que Nash llama “violaciones estructurales”²⁵ a los derechos humanos en las cuales bien se enmarca la situación de las minorías sexuales en algunos países?

Además, es necesario constatar que a través del *soft law* lo que hay es un recurso a desarrollo de normas primarias y no secundarias.

24 El tema ha sido tratado en MARTIN, P. Flexibilidad y Tratados Internacionales. Madrid, Editorial Tecnos, 2003, 250 p.

25 NASH, C. La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio? En: MARTINIC, M. y TAPIA, M. (Drs.). Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, Tomo II, p. 1179.

Si entendemos que normas primarias del orden internacional son aquellas que regulan las conductas de los sujetos y establecen derechos y obligaciones en la forma de hacer o no hacer determinadas cosas, y por normas secundarias aquellas que principalmente identifican las consecuencias por la violación de normas primarias, aparece claro que la utilidad que puede prestar el *soft law* se reduce al ámbito de las primeras con todas las interrogantes formuladas.

Una respuesta académica iría por decir que si bien no tienen carácter jurídico vinculante, sí producen “consecuencias” jurídicas en aplicación de la regla de buena fe y del *estoppel* y que también podrían servir como reglas de interpretación de acuerdos vinculantes, a lo cual habría que agregar la posibilidad de hacerlos exigibles en sede política o diplomática.

Finalizo apuntando que adhiero a seguir usando el *soft law* y mantener los problemas en el debate ya que en tanto no se logren consensos en la materia por los verdaderos operadores jurídicos es una forma de ayudar a darle visibilidad a la necesaria protección contra las discriminaciones por *identidad de género y orientación sexual*.

Este es un tema de aquellos en que el Derecho debe marcar el *cómo deberían ser las cosas* considerando la realidad social y las múltiples valoraciones que de la cuestión se pueden hacer pero que por ahora sólo se queda en buenas intenciones. Y entre buenas intenciones y no intenciones, mejor sean las buenas intenciones.

Colonialidad, “Performance” y Género: la Saga de Lorena Bobbit*

Chloé S. Georas**

Traducción: Magali Sánchez

Catedrática Auxiliar, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; B.A. en Economía de la Universidad de Puerto Rico (1987); M.A. en Historia del Arte de S.U.N.Y., Binghamton (1997); J.D. New York University School of Law (2004). Autora del libro “*Rediviva: lost in a trancelations*”, Editorial Isla Negra, 2006; Libros Nómadas, 2001.

Resumen

El artículo explora cómo diferentes acercamientos teóricos a los aspectos narrativos, performativos y culturales de los juicios, especialmente los famosos, articularon la fascinación del público con la saga de Bobbitt. Se contextualiza el escenario del caso a explorar, la localización de los latinos en el imaginario social

* Para cumplir con el espacio provisto para esta publicación, algunas secciones del trabajo original del cual este trabajo se deriva han sido omitidas y otras se han sintetizado. La versión original de este artículo se redactó para un curso de “performance” y derecho en NYU School of Law en 2004. Mi agradecimiento a los profesores de dicho curso, Peggy Cooper Davis y Richard Schechner, por sus comentarios y ediciones valiosas a este trabajo. Sin embargo, cualquier error u omisión de esta versión revisada son exclusivamente míos.

** La traducción de este artículo fue realizada por Magali Sánchez (2009) y revisada por la autora. Esta traducción al igual que el artículo original están bajo una licencia Creative Commons conocida como Atribución 3.0 Puerto Rico. Un resumen de dicha licencia está disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pr>.

La referencia bibliográfica de la publicación previa de esta versión corta en español es: GEORAS, Chloé. Colonialidad, performance y género: La saga de Lorena Bobbitt. *En*: Derecho, Género e Igualdad en las estructuras androcéntricas. Barcelona, Centro Antígona, Universidad Autónoma de Barcelona (publicación de los trabajos presentados en la conferencia celebrada en marzo del 2009), 2009. Existe, además, una versión más extensa en inglés: GEORAS, Chloé. Performance, Literary and Cultural Studies in the Courtroom and Beyond: The Bobbitt Saga. *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. 69(1), enero-abril 2008.

americano y transamericano, enfatizando en los debates post-coloniales de la colonialidad del poder y la posición de América Latina como espacio de otredad en contra de la cual Estados Unidos reifica su propia modernidad y progreso civilizatorio. Además se explora cómo los análisis narrativos y performativos pueden ofrecer nuevas interpretaciones de los juicios famosos, para apreciar mejor sus implicaciones culturales y políticas, y cómo ellos sirven para enjuiciar la normalidad hegemónica, al cuestionar el status quo. Por último, se analizan las historias presentadas por la defensa y fiscalía en el caso Bobbitt, que finalmente convierten a Lorena Bobbitt en una importante figura en la zona de contacto del imaginario transamericano al reinscribir tropos de índole racial y sexual altamente controvertidos, que hacen visible la colonialidad de los discursos y las representaciones de los latinos en Estados Unidos.

Introducción: “El corte más cruel”¹

El 23 de junio de 1993 en Manassas, Virginia, luego de años de abuso verbal y físico que según testimonios culminó en otro episodio de violación marital, Lorena Bobbitt tomó un cuchillo de mesa de mango rojo y ocho pulgadas de largo y le cortó el pene a su esposo y *ex-Marine*, John Wayne Bobbitt². Se fugó en un carro, llevándose el pene que luego descartó en un área de vegetación, donde fue rescatado por una brigada de rescate policiaco y reenlazado quirúrgicamente al cuerpo de su esposo. John Wayne fue enjuiciado y absuelto de los cargos de violación marital. Enfrentando una posible condena de hasta veinte años por daño doloso, Lorena alegó no recordar el acto e invocó las defensas de incapacidad mental y el Síndrome de la Mujer Maltratada en respuesta al argumento del fiscal de que fue un acto de venganza.

1 THE Unkindest Cut of All: Enough Already. U.S. News & World Report. Página14, 31 de enero de 1994.

2 En lo sucesivo Lorena Bobbitt será abreviada como “Lorena” y John Wayne Bobbitt como “John Wayne”.

Lorena fue juzgada no culpable por razón de incapacidad mental y pasó meramente unos días en un hospital mental antes de ser puesta en libertad³.

A través de su corte transgresivo “sentido alrededor del mundo”⁴, Lorena Bobbitt no sólo amputó el órgano que simbolizaba su miseria, sino que logró fama instantánea. La maquinaria globalizada de los medios de comunicación diseminó la infame saga de Bobbitt, apropiada de maneras variadas según ansiedades culturales profundamente enraizadas.

En este artículo exploro cómo diferentes acercamientos teóricos a los aspectos narrativos, performativos y culturales de los juicios, especialmente los juicios famosos, articularon la fascinación del público con la saga de Bobbitt. La primera sección contextualiza el escenario del caso al explorar la localización de los latinos en el imaginario social americano y trans-americano con un énfasis particular en los debates poscoloniales de la “colonialidad del poder”. La segunda sección explora cómo los análisis narrativos y performativos pueden ofrecer nuevas interpretaciones de los juicios famosos para apreciar mejor sus implicaciones culturales y políticas. La tercera y última sección analiza las historias presentadas por la defensa y la fiscalía y cómo éstas reinscriben tropos de índole racial y sexual, altamente controvertidos, característicos de la colonialidad del poder.

Colonialidad del poder y el imaginario trans-americano

La noción de Quijano de la “colonialidad del poder” muestra cómo, a pesar del éxito de las luchas por la independencia en América Latina en el siglo XIX, las formas de dominación (étnicas, raciales y económicas) se reinscriben dentro del marco de los nuevos Estados nacionales. Mientras que la colonización im-

3 Pasajes del juicio en este artículo fueron publicados por KANE, Peter. *The Bobbit Case: transcripts of the sex trial that shocked the world*. Pinnacle Books, 1994. En lo sucesivo será abreviado como “Transcripción”.

4 LIMBAUGH, Rush. No tears for Lorena. *Newsweek*. 24 de enero de 1994.

perial clásica normalmente se refiere a una dominación amplia y directa de los territorios por un poder central, la colonialidad del poder nombra una forma de dominación más matizada, desatada por los hegemónistas culturales neo-coloniales⁵. Las jerarquías etno-raciales del colonialismo se reinscriben en la esfera social a pesar de la erradicación formal del colonialismo. Por lo tanto, la colonialidad del poder puede existir sin una administración colonial al igual que la independencia puede existir sin un proceso de descolonización (América Latina)⁶. La importancia que Quijano atribuye a las construcciones culturales de la historia colonial, tales como raza y etnia, muestra la imposibilidad de conceptualizar únicamente las relaciones materiales de la dominación, es decir, sin ver su inscripción en el imaginario social de la misma: las representaciones y el lenguaje que el poder emplea en el debatido terreno de la inequidad. La colonialidad del poder es un eje de dominación inscrito en, pero diferente a, los ejes capitalistas de la explotación. La colonialidad del poder y la modernidad son engendros de la expansión y colonización europea que llevan a la invención de las Américas, Europa y África en una nueva geografía mundial que privilegia a Occidente como el imaginario social hegemónico y proclama el sistema mundial capitalista⁷.

Los Estados Unidos, caracterizado por la denominada colonización de pobladores (“settler colonization”) que logró la independencia sin la descolonización, está profundamente implicada en las historias de la colonialidad del poder a través del

5 QUIJANO, Aníbal. “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: Cuestiones abiertas. En: VV. AA. José Carlos Mariátegui y Europa: El otro aspecto del descubrimiento. Encuentro Internacional. Lima, Empresa Editora Amauta S.A., 1992, 167p. QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. *Perú Indígena*. (29):11, 1993; QUIJANO, Aníbal, Modernity, identity and utopia in Latin America. *Boundary*. (2):140, 1992. Jersey, Princeton University Press, 2000.

6 QUIJANO. “Raza”, “etnia” y “nación”. Op. cit.

7 QUIJANO. Modernity, identity and utopia in Latin America. Op. cit.; MIGNOLO, Walter. Local histories, global designs: coloniality, subaltern knowledges and border thinking. Nueva Jersey, Princeton University Press, 2000.

despliegue de jerarquías étnicas, raciales y sexuales que mantienen a los otros en su lugar, a pesar del lenguaje inclusivo del liberalismo estadounidense. América Latina es uno de los espacios de incalculable otredad en contra de la cual Estados Unidos reifica su propia modernidad y progreso civilizatorio. Por lo tanto, las identidades latinas en los Estados Unidos están inscritas en largas y complejas historias de conquista y dominación que se remontan a la invención de las Américas y no pueden entenderse fuera del contexto del imaginario social de la colonialidad del poder⁸.

Los latinos son diferentes de otras oleadas de inmigrantes europeos a Estados Unidos. Primero, los chicanos y puertorriqueños han sido directamente “colonizados, discriminados y desgarrados entre un discurso de asimilación/ciudadanía y las realidades de la discriminación racial y la pobreza”⁹. Segundo, el resentimiento de los que han sido afectados por las intervenciones de Estados Unidos en América Latina ha desembocado en una resistencia a la asimilación. En vez de encaminarse inexorablemente hacia la asimilación, la diáspora latina en este momento de globalización, existe en “un espacio contrapuntual en/de la modernidad, donde la patria no es meramente abandonada sino que entra en procesos y configuraciones multi-direccionales. [...] [Los latinos] habitan simultáneamente y/o alternativamente muchos espacios culturales y políticos de articulación política y cultural. Esta pluralidad de identificaciones (en oposición a identidades estables) fluctúa entre lo nacional y lo transnacional [...]”¹⁰. En este sentido, podemos decir que los latinos son parte de un imaginario trans-americano, una geografía cultural o cronotopo habitado por personas trans-

8 LAÓ MONTES, Agustín. Mambo montage: the latinization of New York City. En: LAÓ MONTES, A., DÁVILA, A. (Eds.). Mambo montage: the latinization of New York City. Nueva York, Columbia University Press, 2001. pp. 1, 5-6.

9 POBLETE, Juan (citando a Suzanne Oboler). Introduction. En: POBLETE, J. (Ed). Critical Latin American Studies. Minnesota, University of Minnesota Press, 2003, pp. ix, xviii.

10 Ibid., p. xx (siguiendo a James Clifford y a Edward Said).

nacionales “cuyas vidas inciden de formas complejas con los significados heterogéneos de los símbolos de la ‘americanidad’”¹¹.

Lorena Bobbitt se convirtió en una figura importante en la zona de contacto del imaginario trans-americano que hizo visible la colonialidad de los discursos y las representaciones de los latinos en Estados Unidos. Lorena simultáneamente desestabilizó y reificó las fronteras políticas y culturales, altamente polarizadas en términos raciales y de género, que articulan el imaginario colonial moderno americano.

Acercamientos narrativos y performativos a los juicios famosos

En un litigio las partes articulan historias que compiten “ante un tribunal público cuya decisión se basa en la ley, tiene el potencial de ser la determinación final en torno a la disputa entre las partes y sirve como precedente o autoridad persuasiva en futuros casos o controversias similares”¹². A pesar de los años de debate sobre la influencia de la política, economía e ideología sobre las decisiones jurídicas, la visión tradicional y dominante de la ley es que es un proceso de evaluación neutral. Por el contrario, académicos que provienen de los estudios críticos de derecho enraízan el escenario legal en un análisis de relaciones de dominio y perciben la mencionada apariencia de neutralidad legal como efecto del poder. La ley no se percibe como un reflejo de una verdad objetiva separada de la especificidad cultural, sino como inscrita interactivamente en procesos culturales¹³. Al analizar las inscripciones culturales de un juicio, el análisis narrativo, los estudios de “performance” y la

11 MOYA, P. y SALDÍVAR, R. Fictions of the Trans-American Imaginary. *MFS Modern Fiction Studies* 49(1):1-18, p. 16, 2003.

12 AMSTERDAM, A., COOPER DAVIS, P., ADERSON F. NYU Lawyering Program Readings. 2003, pp. 210-211.

13 DAVIS, Peggy C. Contextual legal criticism: a demonstration exploring hierarchy and “feminine” style. *New York University Law Review*. 66(6):1635-1681, 1991, pp. 1640-1643.

antropología han mostrado ser espacios fructíferos para evaluar las formas y estrategias del poder articuladas a través de los procedimientos legales.

Los estudios legales contextuales se desvinculan de interpretaciones positivistas y objetivas de la ley y privilegian una reexaminación pos-estructural de cómo la ley constituye lo social a través de categorías y premisas legales que organizan configuraciones particulares de discursos de poder. Los debates pos-estructuralistas sobre las estrategias discursivas que inscriben la interpretación de un texto, independientemente de las intenciones de su autor, han hecho visible los fundamentos ideológicos del discurso y han abierto el camino para el análisis narrativo de los textos legales. El lenguaje ya no se entiende como representativo de una realidad, sino como constitutivo de dicha realidad. El privilegiar unos discursos en oposición a otros y el despliegue selectivo de términos y soluciones se vuelven relevantes cuando las partes proponen “hechos” dentro de estructuras interpretativas que compiten entre sí¹⁴.

Los estudios de “performance” van más allá de la suposición común de que la realidad es una construcción social al reconocer que “nuestras vidas se estructuran de acuerdo a modos de conducta repetidos y socialmente sancionados” y, por lo tanto, plantea “la posibilidad de que toda actividad humana pueda, potencialmente, ser considerada como “performance”, o al menos toda actividad llevada a cabo con consciencia de sí misma”¹⁵. Independientemente de la mirada de las prácticas culturales donde “algunas acciones se considerarán “performances” y otras no,” el principio de “performance” puede ser aplicado a “todos los aspectos de la vida social y artística. El “performance” ya no se limita al escenario, a las artes y al ritual. La performati-

14 DEENER, Elisa. A mediation tale. Manuscrito, 2004, pp. 1-3; COOB, S. y RIFKIN, J. Practice and paradox: deconstructing neutrality in mediation. *Law & Soc. Inquiry*. 16(1):35-64, 1991, pp. 37-38.

15 CARLSON, Marvin. Performance: a critical introduction. Londres, Routledge, 1996, pp. 4-5.

vidad está siempre ligada a la interdependencia del poder y el conocimiento”¹⁶. Los juicios son particularmente susceptibles a un análisis desde la perspectiva de los estudios de “performance” dadas sus estructuras dramáticas inherentes¹⁷.

La estructura narrativa de los cuentos se ha aplicado exitosamente al análisis de los procesos legales. Feingensen enfatiza la concepción melodramática de los juicios por daños como narrativas donde: (1) la agencia individual se percibe como causa del accidente; (2) las características intrínsecas del individuo son el centro de la causalidad del accidente; (3) los personajes del juicio se dividen entre los buenos y los malos; (4) el foco del juicio es el sufrimiento de la víctima; y, (5) el bien triunfa sobre el mal en el juicio¹⁸. La estructura narrativa de los cuentos moldea nuestro pensamiento y es un medio crucial a través del cual se articulan legalmente las transgresiones y violaciones. Dicha estructura narrativa ha emergido del estudio de los juicios: un estado estable donde prevalecen las normas se desestabiliza por una transgresión que requiere algún tipo de acción que restaure o transforme el *status quo*¹⁹.

Estas formas de análisis procesal claramente están en deuda con la forma en que el antropólogo Victor Turner teoriza sobre la experiencia humana generalmente organizada alrededor de “dramas sociales” o “unidades de procesos”. Los dramas sociales, incluyendo los juicios, representan secuencias de eventos, públicamente ejecutados, que típicamente se estructuran en cuatro fases: (1) Fase de transgresión donde se viola alguna norma en el campo de las relaciones sociales. (2) Fase de crisis tales como el duelo y su intensificación que puede llegar a ser

16 SCHECHNER, Richard. *Performance studies—an introduction*. Londres, Routledge, 2002, pp. 30, 114.

17 *Ibid.*, p. 177.

18 FEINGENSON, Neal. Legal meaning in the age of images: accidents as melodrama. *New York Law School Law Review*. 43(3-4):741-810, 1999-2000, p. 745.

19 AMSTERDAM, A. y BRUNER, J. *Minding the law*. Boston, Harvard University Press, 2000, pp. 113-114.

co-extensiva con una crisis estructural a menos que se contenga. Esta fase es donde se revela el verdadero rostro de la situación. (3) Fase de reparación donde hay un intento por limitar la crisis a través de mecanismos compensatorios o conciliatorios de miembros representativos del sistema social. (4) Fase de reintegración o reconocimiento de un cisma irreparable²⁰. Los juicios como dramas sociales demuestran los aspectos narrativos de la expresión social y momentos que marcan rituales de paso liminales donde las normas simultáneamente se suspenden y se revelan, abriendo un espacio para su reinscripción o transformación.

En su aplicación de la teoría literaria psicoanalítica al análisis de los juicios, Felman despliega el concepto del “abismo” cultural. Un abismo nos habita como un “vacío interno” que resiste ser concientizado y no puede verse. El trauma como abismo se convierte en un espacio “accidentado” a través del cual la cultura se revela como una brecha incognoscible²¹. El abismo no puede ser totalizado y, por lo tanto, los argumentos finales de un juicio no pueden abarcar o contener dicho abismo. La ley trata de tender un puente sobre este abismo incontenible a través de racionalizaciones y codificaciones legales en su intento de insularse de la implacable irregularidad e irracionalidad del abismo. Aunque la ley trata de crear un fundamento consciente para el abismo esencialmente inconsciente e infundado, la historia de la ley y el trauma es la de dos barcos en la noche destinados a reinscribir repetitivamente el trauma, desafiando la clausura que busca la ley. Por lo tanto, la ley está predestinada a fracasar en su intento de transformar el abismo traumático en hechos indubitables²². De esta manera, el juicio de Núremberg, *The Kreutzer Sonata* y el caso de O.J. Simpson se convierten en repeticiones compul-

20 TURNER, Victor. Social dramas and ritual metaphors. *En su*: Dramas, fields and metaphors. Nueva York, Cornell University Press, 1974, pp. 23, 38-42.

21 FELMAN, Shoshana. The juridical unconscious. Boston, Harvard University Press, 2002, 91 p.

22 *Ibid.*, pp. 95, 162.

sivas de experiencias traumáticas del Holocausto, sexismo y/o racismo.

Tanto Turner como Felman ofrecen estructuras teóricas para entender el conflicto, pero Turner lo hace desde el análisis antropológico/cultural mientras que Felman aplica el psicoanálisis al inconsciente colectivo social. Ya que la historia para Felman se anima por un inconsciente inmanente que es desconocido e inaccesible, ella puede negar la agencia interpretativa de distintos actores en el escenario social y poner énfasis en su incapacidad de ver en lugar de enfatizar las múltiples interpretaciones, visibilidades y representaciones que rodean cualquier conflicto traumático. Por ejemplo, los abogados no están condenados necesariamente a negar la existencia de un trauma subyacente a través de codificaciones legales, sino que pueden ejercer cierta agencia interpretativa en cómo maniobran dentro de las reglas y presentan los “hechos”²³.

Felman niega las múltiples apropiaciones y luchas sobre significados que no son reducibles a modalidades de ceguera, en vez de conceptualizarlas como diálogos creativos dentro de campos más amplios de conflicto social, tanto dentro como fuera del escenario legal. En contraste, según Turner los actores sociales no están imposibilitados de poder ver o concientizar un conflicto. El momento de la crisis puede ser el momento de desenmascarar el *status quo* (que aunque no fuera como una verdad definitiva, aún así contrasta con la incognoscibilidad ulterior planteada por Felman). En Turner, puede haber resolución en algunos escenarios de crisis, mientras que en Felman el abismo traumático está condenado a desembocar en reinscripciones legales repetitivas. Sin embargo, el modelo de Turner puede sacrificar la complejidad de eventos que son comprimidos muy estrictamente en su estructura de cuatro fases y, al igual que el modelo de Felman, no acomoda fácilmente el problema de múltiples apropiaciones y posicionalidades de sujetos dentro de un mismo conflicto, es

23 AMSTERDAM, A. y HERTZ, C. An analysis of closing arguments to a jury. *New York Law School Law Review*. 37(1-2):55-122, 1992, p. 58.

decir, cómo la violación de una norma por parte de una persona puede constituir la reparación de un agravio para otra. Turner mantiene un acercamiento lineal, tanto pragmático como teleológico, a los momentos abismales de crisis, fragmentándolos en segmentos operacionales que permiten el funcionamiento de los sistemas sociales, mientras que Felman apunta hacia las irresolubles disfuncionalidades filosóficas y circularidades repetitivas de los traumas históricos en formaciones sociales que, no obstante, requieren la toma de decisiones. A pesar de sus diferencias, tanto Felman como Turner ofrecen teorías para navegar las heridas traumáticas de imaginarios sociales que pueden resurgir en diferentes escenarios y que a menudo no pueden ser comprendidos dentro del lenguaje y proporciones de la ley. Además, nos ayudan a conceptualizar los momentos estructurales de cambios liminales en el estatus quo al igual que los procesos de su reificación.

Los múltiples anillos de audiencias invocados por un juicio son cruciales para entender su relación con la constitución de los imaginarios sociales y el cuerpo político. Los juicios criminales en particular son mandatorios en tanto surgen de una violación en contra de una comunidad y, como tal, invocan el cuerpo político que requiere ser reparado por la ley²⁴. Los procedimientos criminales implican necesariamente al “pueblo” como espectador del proceso histórico de establecer interpretaciones hegemónicas de eventos perpetrados contra el sistema²⁵.

Aunque todos los juicios tienen un sesgo de espectáculo en la medida que su función es anunciar y hacer respetar normas y mostrar que el sistema funciona, algunos juicios son más teatrales que otros porque envuelven, por ejemplo, eventos históricos trascendentales (Holocausto) o celebridades (O.J. Simpson y Michael Jackson). Según Felman, “sería apropiado decir que cada juicio de envergadura envuelve ‘algo más grande que la ley’. En

24 ARENDT, Hannah. *Eichman in Jerusalem*. Nueva York, Penguin Books, 1992, 261 p.

25 FELMAN, Shoshana. *The juridical unconscious*. Op. cit., p. 81.

todo juicio de importancia, y definitivamente en todo juicio de gran significado histórico o político, se dilucida algo ajeno a la ley en términos legales y se somete a la estrechez de las definiciones legales”²⁶.

Contrario a los juicios normales donde es más difícil hacer una denuncia de traumas históricos que yacen bajo la superficie de conflictos raciales, sexuales, clasistas y coloniales, los juicios famosos tienen, a pesar del cinismo de Felman hacia los procedimientos y codificaciones legales, una oportunidad única de hacer planteamientos más abarcadores sobre injusticias sociales. El reto está en tornar el juicio en una crítica de normas sociales que generalmente permanecen indiscutidas y tras bastidores. Una estrategia legal exitosa de un juicio famoso no permite que la búsqueda de los “hechos” inmediatos del caso sea obstáculo al planteamiento de una crítica estructural; en otras palabras, no permite que el revólver literal en la cara ocluya el revólver estructural en la cara. Los abogados pueden ampliar la esfera de lo “factual”, estirando sus límites interpretativos para invocar metafóricamente la sociedad y “verdades” normativas, como, por ejemplo, en el caso de O.J. Simpson, donde el racismo se transmutó de una opinión a un hecho del caso. Un juicio famoso puede redirigir la mirada acusatoria desde los sospechosos usuales hacia la sociedad y la ley como los actos estructurales de violencia, relocalizando el lugar de la monstruosidad criminal a un escenario más complejo, donde los actos criminales se convierten en síntomas en vez de desviaciones del orden y la armonía. El cuestionamiento se enfoca alternativamente en cuál es el orden social, para quién es y quién pagará el precio por la armonía de unos a costa de otros. Los juicios famosos, por consiguiente, no están condenados a ser repeticiones de traumas históricos, sino que pueden ser enjuiciamientos de la normalidad hegemónica, mostrando, por ejemplo, la inmanencia del racismo o el “bystander nation” que se vuelve cómplice con los

26 Ibid., p. 65.

actos criminales legalmente sancionados del fascismo, como en el juicio extraordinario de Eichman²⁷.

Los juicios normales se basan en la premisa de la existencia de un *status quo* legítimo que es transgredido por un acto ilegal y el juicio es la búsqueda del remedio legal para reestablecer el estatus quo. En un juicio famoso es precisamente el *status quo* lo que está siendo enjuiciado y la normalidad misma se vuelve potencialmente criminal. La historia y sus valores normativos se convierten en el espejo incómodo donde las normas sociales lucen anómalas y las costuras del poder ya no se esconden tras un velo de universalidad, sino que se lucen contingentes e históricamente específicas. Un juicio famoso exitoso escapa a las limitaciones del procedimiento y la evidencia para revelar los imaginarios sociales subyacentes a las violencias cotidianas que articulan formas hegemónicas de dominación como armonía social.

Los juicios son representaciones dramatizadas diestramente, que mantienen a una audiencia cautiva mediante el estímulo de reacciones emotivas, lo cual a su vez traza “dinámicas de comunicación simbólica intensamente cargadas”²⁸ entre abogados, audiencias y espacios contenciosos de los imaginarios sociales en momentos de crisis marcados por la transgresión de alguna norma. Los abogados de un juicio famoso se encuentran en una encrucijada de obligaciones múltiples y conflictivas, al intentar servir los intereses del cliente, manejar el horizonte interpretativo de los procedimientos judiciales y luchar con las resemantizaciones de los eventos en diferentes espacios políticos-nacionales y transnacionales. Las decisiones performativas de los abogados, tanto narrativas como estratégicas, pueden arraigar o socavar la ideo-

27 “Desde el punto de vista de nuestras instituciones legales y estándares morales de enjuiciar, esta normalidad era mucho más aterradora que todas las atrocidades acumuladas porque implicaba que este nuevo tipo de criminal, quien es de hecho *hostis generis humani*, comete su crimen bajo circunstancias que hacen casi imposible que él sepa o sienta que está haciendo un mal”. ARENDT, Hannah. Eichman in Jerusalem. Op cit., p. 276.

28 SCHRAGER, Sam. *The trial lawyer's art*. Filadelfia, PA, Temple University Press, 1999, 13p.

logía dominante, dependiendo de cómo entablan con las configuraciones ideológicas subyacentes que constituyen el acto como violación del orden social²⁹. Por lo tanto, el espacio legal puede ser un escenario para la reificación de una verdad cuya contingencia histórica debe ser escondida bajo un manto de neutralidad y universalidad, o para el desmembramiento de dichas normas a través de formas directas de confrontación o complicidades subversivas que parodian los tropos dominantes desde adentro.

Barbarismo v. catolicismo: Las historias narradas por los abogados

John Wayne Bobbitt, epítome de la masculinidad con su icónico nombre evocador del expansionismo americano, y Lorena Bobbitt, la manicurista latina “delicada” de 95 libras en una búsqueda fallida del “sueño americano”, fueron terreno fértil para variadas apropiaciones por parte de la cultura popular y los medios. Los secretos y detalles íntimos de la vida de la pareja revelados durante el juicio estarían a la intemperie interpretativa, tanto para la corte como para los círculos más amplios de espectadores del juicio. Esto planteó un reto para los abogados de las partes, porque inevitablemente tendrían que privilegiar una línea narrativa a expensas de otras, según sus decisiones estratégicas y dentro de las limitaciones legales sustantivas y procesales.

Los fiscales representaron a John Wayne como la víctima del “acto calculado y malicioso de venganza” de su esposa, reclamando que “no hay justificación [...] o excusa para tomar la ley en sus manos, para incapacitar a su esposo.”³⁰. La fiscalía declaró que John Wayne no recordaba haber tenido sexo (forzado) con Lorena la noche del ataque. En todo caso, según John Wayne el matrimonio era un fracaso y pensaba divorciarse. La fiscalía trató de mantener el foco en la herida sufrida por John Wayne como resultado del acto criminal cometido por Lorena.

29 Ibid., p. 14.

30 Transcripción, pp. 432, 21.

Luego del testimonio de varios testigos de la defensa sobre el comportamiento abusivo de John Wayne hacia Lorena, la fiscalía tuvo que admitir en su argumentación final que existía violencia mutua en la relación³¹. Sin embargo, la fiscalía utilizó este reconocimiento para reafirmar su narrativa de una mujer totalmente en control de sus acciones, tomando medidas absurdamente excesivas de venganza. La fiscalía argumentó que Lorena sabía lo que estaba haciendo y que no estaba temporalmente incapacitada por demencia, ni actuaba impulsada por la pasión. La fiscalía enmarcó su caso como un conflicto entre la civilización y la barbarie, entre la ley y el caos³².

En marcado contraste, la defensa presentó a Lorena como una “joven, diminuta, delicada e ingenua mujer, [...] que por años, según mostraría la evidencia, sufrió extrema brutalidad y violencia perpetrados por la misma persona que al tomar los votos de matrimonio prometió protegerla y honrarla”³³. La defensa relató una historia sincopada de frecuentes “violaciones, palizas, puñetazos, empujones, bofetadas [...], estrangulamiento y amenazas de más violencia”³⁴. Plantearon que Lorena provenía de un “hogar muy unido, tradicional y estrictamente católico” en Ecuador (luego Venezuela) e hizo hincapié en “las costumbres culturales en las cuales Lorena se crió, las cuales enfatizan el rol de la mujer en la familia. [Una] mujer es considerada la espina dorsal de la familia. Y la mujer es la culpable si el matrimonio fracasa”³⁵.

31 Ibid., p. 433.

32 “Este es un caso sobre la ira, es un caso sobre la venganza y es un caso sobre la retribución. Su marido llegó a casa, estaba embriagado [...], él quería tener sexo, ella no, ese es su derecho. Él la forzó a tener sexo, ella estaba molesta y tomó represalias en su contra. Pero, ustedes saben [...] nosotros no vivimos en un mundo gobernado por la venganza. Nosotros no vivimos en una sociedad donde manda el que posee el cuchillo más grande. Vivimos en una sociedad regida por la ley y es la razón por la cual se encuentran hoy aquí. Y les diré más. Esto no se trata de una persona que estaba sola y a la deriva, inocente e ingenua en un país extranjero. Ella tenía opciones y conocía esas opciones. Tenía un sistema de apoyo tanto emocional como físico, legal y religioso [...]” Ibid., p. 444.

33 Ibid., p. 21.

34 Ibid., p. 22.

35 Ibid.

La defensa presentó el caso de Lorena como una versión del “sueño americano”. A los dieciocho años, Lorena llegó a los Estados Unidos para vivir con la familia Castro, conoció a John Wayne, se enamoró locamente de él y salió con él por muchos meses. El no mostró ninguna inclinación hacia la violencia. Lorena testificó que ella estaba “enamorada de él. Para mí lo representaba todo. Fue el comienzo de una familia aquí en los Estados Unidos. Y siento que quería tener hijos más adelante, como una familia tradicional. Era sólo el principio de mi sueño”³⁶. Pero el “sueño americano” se deshizo durante el primer mes cuando el “reinado del terror matrimonial” comienza, escalando en severidad y frecuencia, tanto física como verbalmente, a través del tiempo.

La defensa reclamó que Lorena sufría del Síndrome de la Mujer Maltratada, en tanto que ella “desarroll[ó] sentimientos de desesperanza e impotencia al punto que ella creía que la situación era tal que no tenía a dónde ir; ningún lugar donde estuviera a salvo”³⁷. Además, Lorena cede, en contra de sus creencias religiosas, a las exigencias de John Wayne de hacerse un aborto. Ella comienza a desarrollar otros problemas de salud y los testigos peritos le diagnostican una depresión severa, Síndrome del Estrés Pos-traumático y Desorden de Pánico al momento del desmembramiento de John Wayne, como resultado de los años de abuso marital que la llevaron a un agudo brote sicótico. La defensa presentó a Lorena como una persona que se encontraba temporalmente incapacitada, tan deteriorada por el abuso marital que no tenía capacidad alguna para controlar su impulso irresistible, enfatizando su terror ante la conducta abusiva de John Wayne.

La declaración inaugural de la defensa culmina con la propuesta de que la vida de Lorena era “más valiosa” que el pene de

36 Ibid., p. 154.

37 Véase Ibid., pp. 24-28.

John Wayne.³⁸ La decisión del jurado oscilará entre la historia de la fiscalía de ira y represalia calculada o la historia de la defensa de incapacidad mental, defensa propia e impulso irresistible.

La estrategia de la defensa era reificar a Lorena, probando que ella pertenecía a una cultura ancestral e inmutable, atrapada en los valores de la tradición, el catolicismo y la familia. Lorena reforzó el relato de la defensa al testificar que “mamá y papá son como niños pequeños, agarrados de manos. Hay mucho amor en mi familia. Mi hermano y hermana, nosotros todos, diría que juntos, somos una familia normal, amorosa y católica”³⁹. Como parte de su reificación en dicho espacio tradicional, la defensa representa el aborto como un acto que va en contra de la naturaleza de Lorena, implicando que John Wayne la obligó a escoger entre su esposo y su hijo, entre el deseo egoísta de John Wayne de deshacerse de un bebé que él no quería y la crianza católica tradicional de Lorena⁴⁰.

El aborto se convierte en una imposición contranatura en vez de una decisión⁴¹. Dado el tropo feminista de “elegir” (“choice”), la posición de Lorena es profundamente irónica. Privada de escoger no tener un aborto, Lorena es obligada a actuar en contra de su propia naturaleza. Esto es un golpe a su autoestima del cual nunca se recupera- al menos mientras permanece casada con John Wayne. En general, el testimonio de Lorena y la argumentación de su defensa la convierten en la personificación de

38 “Damas y caballeros, enfrentamos la yuxtaposición entre la vida de Lorena Bobbitt y el pene de John Wayne Bobbitt. La evidencia mostrará que en la mente de Lorena fue el pene ineludible de John Wayne el que le causó el mayor dolor, el mayor temor y la mayor humillación. Y les propongo que al final de este caso, usted llegará a una conclusión: una vida vale más que un pene. Gracias.” Ibid.

39 Ibid., p. 150.

40 Ibid., pp. 24-25.

41 Esto explica porqué el movimiento pro vida se apropió de la historia de Lorena como un ejemplo de su lucha. Por ejemplo, la página web www.lifenews.com declara que la violencia de Lorena no era meramente el resultado de la violencia doméstica sino, además, de “estrés pos-traumático de un aborto realizado en contra de su voluntad”. ERTELT, S. New report on Lorena Bobbitt case focuses on forced abortion. [En línea] <<http://www.lifenews.com/nat277.html>> [Consulta: 15 de enero 2004].

causas conservadoras en contra del divorcio, aborto, sexo no tradicional (anal) y familias no tradicionales (mujer proveedora)⁴². Lorena es la inmigrante suplicante cuyo único deseo es una integración total al sueño “blanco” de la asimilación conservadora.

La Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada resulta igualmente problemática. Se dice que años de abuso conducen a un arraigado sentido de impotencia y desórdenes psiquiátricos, tales como severas depresiones, Síndrome del Estrés Post-traumático y Desorden de Pánico. Aunque el propósito de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada es invocar consideraciones sociales y estructurales en el análisis de la situación de la mujer maltratada, la defensa descansa sobremanera en la patologización de las mujeres al enlazar su conducta a características internas de su psicología⁴³. El argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada posee una tensión explicativa insostenible entre el argumento socio-estructural del abuso y la individualización de la responsabilidad basándose en características internas. Por un lado, el Síndrome de la Mujer Maltratada quiere señalar las causas sistémicas del sufrimiento de ésta y, por otro lado, oculta dichas causas sistémicas al personalizar la causalidad basándose en las debilidades intrínsecas de la mujer maltratada. Un individualismo problemático y patologizante se filtra en el análisis de los problemas estructurales y sistémicos de la violencia en relaciones íntimas.

Las limitaciones de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada se complican aún más con las reificaciones culturales y raciales en el caso de mujeres que no son blancas. La cultura de Lorena, donde las mujeres son la “espinas dorsal de la familia” y son responsables por su éxito, es la verdadera espina dorsal de

42 Transcripción, pp. 88, 136-39, 151, 182.

43 FILETTI, Jean. From Lizzie Borden to Lorena Bobbitt: violent women and gendered justice. *Journal of American Studies*. 35(3):471-484, 2001, pp. 3, 471, 476. “[A] vincular la violencia cometida por mujeres a “características psicológicas internas en vez de factores circunstanciales”, la defensa del “Síndrome de la Mujer Maltratada” asegura que factores ambientales que afectan la violencia no son examinados. *Ibid.*, p. 480.

los argumentos de la defensa sobre la implacable impotencia de Lorena. Según declara Lorena, el divorcio “es una situación humillante; es una vergüenza. Me sentiría avergonzada”⁴⁴. El momento más inquietante de la defensa es cuando la doctora Susan Feister, la psiquiatra experta de la defensa, declara que dada la singularidad del acto de Lorena, ella sintió la necesidad de llevar a cabo exámenes adicionales de perfil psicológico⁴⁵.

La clara implicación de las declaraciones de Dr. Feister es que sólo una persona ignorante y culturalmente rígida recurriría a cortar un pene luego de años de abuso y violación. La defensa se propone mostrar que el acto de Lorena no fue un acto típico de mujeres que sufren los efectos del Síndrome de la Mujer Maltratada. A pesar de esfuerzos por tomar “en consideración el hecho [...] de su trasfondo español,” la defensa en última instancia reifica y racializa a Lorena, inscribiéndola en un espacio cultural de estupidez, ignorancia e irracionalidad sicótica. La infantilización de Lorena como una “mujer que era joven, casi una niña en términos de su falta de experiencias de vida”⁴⁶ invita una mirada paternalista para proteger su vulnerabilidad patologizada y nubla completamente la compleja agencia de sus acciones.

Contrario a la presentación de la defensa de la cultura de Lorena como católica y tradicional, la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica, bárbara y caótica, donde “el pu-

44 Transcripción, p. 151.

45 “Dado que la situación era tan inusual – cortar un pene – sentí que, además de la entrevista clínica abarcadora, era importante obtener pruebas psicológicas para ver si habían otros factores psicológicos que pudieran estar presentes, confirmando o desmintiendo mi punto de vista. [...] [...] Las pruebas psicológicas mostraron que Lorena tenía un nivel de inteligencia fronterizo normal – al lado inferior de lo normal. Y esto fue incluso luego de que la puntuación fuera recalculada para tomar en consideración que pudiera tener dificultades con las secciones de idioma en la prueba debido al hecho de su trasfondo Hispano. [La] prueba mostró que Lorena era una persona que utilizaba defensas muy rígidas y tenía maneras rígidas de lidiar y que, bajo situaciones de emoción o estrés extremo, su proceso normal de razonamiento se descalabraba y cambiaba el tipo de pensamiento racional. En esos momentos ella tenía lo que nosotros consideramos como aspectos sicóticos en su pensamiento o aspectos que sugieren una ruptura de su pensamiento con la realidad”. *Ibid.*, pp. 344-345.

46 *Ibid.*, p. 345.

ñal más grande gana”⁴⁷. Se enfatiza el instinto sexual y poderes de seducción de Lorena. John Wayne no sólo reclama nunca haber violado a Lorena, sino ser víctima del los instintos sexuales de Lorena aún cuando él estaba demasiado exhausto para tener relaciones sexuales. Lorena, quien “por costumbre” vestía “ropa interior de seda” alegadamente exigió que John Wayne, a pesar de estar exhausto, tuviera relaciones con ella en la noche infame que pasó a la notoriedad mundial⁴⁸.

De acuerdo con la fiscalía, Lorena es una mujer con una misión: dame placer o pagarás el precio. No es meramente una venganza porque John Wayne es un marido infiel que pasa las noches con otras mujeres, sino una venganza porque no puede ejecutar sus funciones sexuales. Bajo esta estrategia narrativa, Lorena es representada como una mujer de excesos sexuales y desviaciones ilimitadas en la búsqueda de satisfacer sus necesidades primitivas. Mientras la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica y bárbara, la defensa la reifica como parte de una cultura congelada en el tiempo marcada por valores tradicionales y católicos. Independientemente de si Lorena pertenece a un monolito cultural del estancamiento o a un monolito cultural del caos, la realidad es que en ambos escenarios ella está inscrita en un espacio de atraso e inmutabilidad que la impulsa a actos sintomáticos de violencia, según la fiscalía, o contra el cual sólo puede escapar a través de rupturas sicóticas de exceso e irracionalidad, según la defensa. De esta manera, tanto la fiscalía como la defensa se reinscriben en los tropos del imaginario social moderno y colonialista en sus representaciones de las inscripciones culturales patológicas de Lorena.

La violación para la fiscalía fue el corte “fatal”, mientras que para la defensa lo fue la relación de abuso marital; la crisis para la fiscalía fue la anarquía social resultante de las acciones de Lorena, mientras que para la defensa la crisis fue el estado emocional patológico de Lorena a manos de su esposo abusivo. Al

47 Ibid., p. 444.

48 Ibid., pp. 88-90.

declarar a Lorena no culpable por razón de incapacidad mental, las acciones de reparación del juicio reivindicaban legalmente a Lorena. Perversamente, sin embargo, a pesar del éxito legal del equipo defensor, la defensa de Lorena fue también una traición en su complicidad con los supuestos racistas de la fiscalía y la sociedad racista en general.

En la batalla entre la vida y el pene, la vida habrá ganado la batalla legal, pero la mirada imperial ganó la batalla simbólica que mantiene a sus otros en un espacio falo-dominado, patologizado y racializado. Hay una crítica de la violencia por género, pero es una crítica ambivalente en la medida que se establece a costa de patologizar a Lorena y reificar un imaginario colonial moderno que recoloniza a Lorena. En este sentido, el juicio marca un momento de reintegración de la ideología hegemónica dadas las reinscripciones problemáticas (neo) coloniales del argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada. La defensa mantiene eficazmente a Lorena fuera de prisión, pero a costa de reificar tropos culturales de racismo y sexismo profundamente enraizados.

Independientemente de lo que realmente creía la defensa, la pregunta y punto crucial de este debate es: ¿Podía la defensa haber ganado el caso sin depender de los mencionados estereotipos racistas y sexistas? Lorena como trabajadora inmigrante inexperta, sin historial de activismo político y quien expresó culpabilidad y arrepentimiento por sus acciones, logró poco apoyo y mayormente condena por parte de las élites intelectuales (feministas) en Estados Unidos. Los partidarios de Lorena que lograron visibilidad en los medios no incluían figuras públicas legítimas sino que se mantenían dentro de los confines de reacciones populares que a menudo resultaban sórdidas y al margen

de la sociedad⁴⁹. Dada la ausencia de presión legítima externa, la pregunta es si los abogados de Lorena pudieron haber articulado una narrativa que no la patologizara dentro de límites de la ley y que fuera igualmente efectiva en dejarla en libertad. Quizás no, pero creo que es importante señalar cómo las decisiones legales en torno a la narrativa desarrollada por la defensa participaron o no en los prejuicios ideológicos que subyacieron al juicio.

No es mi intención subestimar la importancia de que Lorena saliera libre del juicio, sino mostrar cómo las estrategias, categorías y narraciones utilizadas por la defensa y la fiscalía replicaron legalmente el abuso que Lorena había soportado de su esposo.

Muchas apropiaciones populares de la saga de Lorena también reforzaron presunciones arraigadas con respecto a raza y mujeres latinas. Un análisis del humor y los chistes que surgieron en torno a la saga de Lorena revela que la raza de John Wayne nunca se menciona, reforzando la blancura (“whiteness”) como la norma implícita en la sociedad estadounidense. Los comentarios sobre Lorena, sin embargo, hacen referencia a su herencia latina. “En algunos chistes Lorena, y por inferencia todas las latinas, se presenta como emotiva, irracional, impredecible, inepta o estúpida. Camille Paglia la llamó ‘una latina vivaz’, mientras que miembros de la población en general satirizaban su herencia lingüística [...]”⁵⁰. Los medios se enfocaron en la pareja, primero, en términos de género y, segundo, en términos de etnia y raza, a expensas del aspecto de clase porque es “tan frecuentemente evitado, naturalizado o por lo demás invisibilizado en la cultura estadounidense. Los medios [...] tenían poco que decir sobre las presiones que Lorena y John confrontaron como miembros de la clase trabajadora que peleaban entre sí por sus

49 PERSHING, Linda. His wife seized his prize and cut it to size: folk and popular commentary on Lorena Bobbitt. *National Women's Studies Association Journal*. 8(3):1-35, 1996, p.16. Además, cuando había apoyo, tendía a ser en la línea de la victimización. Ehrenreich veía a Lorena como “una mártir más en la historia larga y llorosa de violación y abuso de las mujeres”. DEEM, Melissa. From Bobbitt to SCUM: Re-memberment, scatological rhetorics, and feminist strategies in the contemporary U.S. *Public Culture*. 8(3):511-537, 1996, p. 517.

50 *Ibid.*, p. 5.

vicisitudes económicas, en vez de cuestionar el sistema económico prevaleciente”⁵¹.

Las resemantizaciones de Lorena como una mujer con apetitos sexuales insaciables o como una católica devota, marcan lo que Aparicio y Chávez-Silverman llaman “tropicalizaciones” hegemónicas, a través de las cuales símbolos o producciones culturales latinos se asimilan dentro de “valores más normativos y dominantes que resultan atractivos al público dominante americano, cuya recepción reafirma su dominio sobre culturas minoritarias. [...] Esta gama de temas no sólo sugiere una integración cultural, sino además su transformación en objetos de consumo más que en prácticas sociales y culturales”⁵².

Las representaciones mediáticas de las mujeres latinas se inscriben en intereses hegemónicos que adquieren su mayor fuerza cuando más se distancian de representaciones culturales complejas y matizadas, o sea, cuando hacen un “refrito” de representaciones sobre-manoseadas y estereotípicas de una sobresexualización que es distintiva de aquella utilizada para representar a los de amerindios o afroamericanos⁵³. Un caso pertinente es la película *Colors*, donde el personaje de la latina fluctúa entre los estereotipos familiares de la chica buena sexualmente modesta y la mujerzuela promiscua en excitación perpetua⁵⁴. El planteamiento de la fiscalía en el juicio de Bobbitt intentó descartar la

51 Ibid., pp. 7-8.

52 APARICIO, Frances (entrevistada por Juan Zevallos Aguilar). *Latino Cultural Studies*. En: POBLETE, J. (Ed.). *Latin American and Latino Studies*. Minnesota, University of Minnesota Press, 2003, pp. 3- 25. “Muchas prácticas culturales antagónicas son tropicalizadas de esta manera. La tropicalización hegemónica da paso a un discurso que delinea lo Latino como una otredad exótica y primitiva, el objeto de deseo de la sociedad dominante. Dichos discursos continúan expandiéndose en el turismo, la educación, el cine, la música y la literatura”. Ibid., p. 29.

53 BENAMOU, Catherine. Those earrings, that accent, that hair: a dialogue with María Hinojosa on latinos/as and the media. En: SHOHAT, E. (Ed.). *Talking visions: multicultural feminism in a transnational age*. The MIT Press, 1998, pp. 325-326.

54 CRENSHAW, Kimberle. *Beyond racism and misogyny: black feminism and 2 live crew*. En: TIETJENS MEYER, D. *Feminist social thought: a reader*. Nueva York, Routledge, 1997, pp. 245, 251.

posibilidad de violación sexual mediante el uso del tropo de la mujer latina en estado de celo constante por el hombre blanco⁵⁵. Las latinas representan una amenaza cultural e invocan un sentido de criminalidad mediante la insinuación erótica y la agresividad sexual⁵⁶.

La sexualidad y el deseo de Lorena son expresiones culturales peligrosas y polivalentes que tenían que ser resemantizadas para domesticar sus implicaciones, manteniendo un control hegemónico sobre los excesos potenciales de los significados del acto de Lorena y obstruyendo ver sus cuestionamientos de historias raciales y coloniales de dominación. El cuerpo de Lorena se convirtió en una metáfora colonial y de género en necesidad de la regulación hegemónica de sus deseos. Lorena evoca, por lo tanto, la relación entre el cuerpo político contemporáneo y la historia de la mirada imperial. La “tropicalización” de Lorena durante el juicio se convierte en un drama sobre la “autenticidad” de lo indígena, abriendo la caja de Pandora de las obsesiones coloniales de los Estados Unidos y siendo más sintomático de las proyecciones culturales de los Estados Unidos sobre sus otredades latinas que un documento “realista” de la otredad.

El Corte más Gentil

Una de las más inquietantes “tropicalizaciones” de Lorena, luego del juicio, se reportó en el *Washington Post*. Cinco meses después de recomenzar su trabajo como manicurista en un salón de Virginia:

ha estado abarrotada de clientes – muchos de ellos hombres. [...] Su patrón, quien ha visto su negocio incrementar desde que Lorena Bobbitt se unió a la empresa, estuvo presto [para ser entrevistado]. “Cuan-

55 SHOHAT, Ella. Introduction. En: SHOHAT, E. (Ed.). *Talking visions: multicultural feminism in a transnational age*. *Op. cit.*, pp. 1-3.

56 HINOJOSA, María, en: BENAMOU, Catherine. *Those earrings, that accent, that hair: a dialogue with María Hinojosa on latinos/as and the media*. *Op. cit.*, p. 339.

do la gente llega, piden específicamente a Lorena para que les haga sus uñas [...]. La pobrecita no tiene descanso.” [...].

Desde que Bobbitt se incorporó a Illusions, dijo Wheeler (el dueño), la curiosidad sobre ella atrae muchos clientes, particularmente hombres que se regalan entre sí certificados para una sesión con la celebridad local⁵⁷.

Esta fue la máxima fantasía sexual de sumisión racial y sexual. Del “corte más cruel”⁵⁸, según reportado luego de que Lorena le cortara el pene a John Wayne, al corte más gentil de todos los cortes, del afilado cuchillo que cercena a las cuidadosas tijeritas que acicalan, de la mordida al ladrido, los utensilios para cortar de Lorena se templaron para dar placer a los hombres, quienes intercambiaban certificados de regalo para ser acicalados por la mujer más “peligrosa” del planeta. El corte de Lorena ya no era con un cuchillo que cercenaba la autoridad masculina, sino con tijeras de manicura que restablecían la supremacía masculina en una fantasía de sumisión gratificada

57 SMITH, Leef. Lorena Bobbitt: A favorite among men in salon set. The Washington Post. Washington, D.C., 15 de mayo de 1995, D03.

58 *Supra*, nota 2.

Género y Corrupción. Reflexiones sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción

Constanza Toro Justiniano

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Chile. Actualmente se encuentra cursando estudios de posgrado en The London School of Economics and Political Science, donde lleva a cabo el segundo año del Master en Administración Pública, mención en Políticas Públicas y Económicas. Durante los años 2007-2010 fue investigadora del Programa Derechos Humanos y Democracia, del Centro de Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En el contexto de este programa, integró el equipo académico que imparte el Diploma de Postítulo “Transparencia, *accountability* y lucha contra la corrupción”.

Resumen

Este artículo examina los posibles vínculos que pueden establecerse entre género y corrupción. Por un lado, revisa la tesis que ha sostenido que las mujeres serían menos susceptibles de participar en actos corruptos, y que ante mayor presencia de mujeres en el espacio público, habría menores niveles de corrupción. Esta tesis abriría la puerta a la recomendación de incorporar una mayor cantidad de mujeres a los espacios públicos, como una nueva herramienta de lucha contra la corrupción. En este artículo se somete a revisión esta tesis y se cuestionan algunos de los fundamentos que estarían detrás de esta concepción. Asimismo, en la segunda parte de este artículo, se examinan otras posibles relaciones entre género y corrupción, asumiendo la perspectiva de las mujeres como potenciales víctimas de la corrupción. En este sentido, se analiza si ésta puede o no tener un efecto diferenciado en las mujeres.

Introducción

En las últimas décadas se ha consolidado la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el análisis de todas las ciencias sociales. En este sentido, ya no sólo se habla de igualdad de género - propósito que fue recogido entre los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio¹- sino que se manejan también los conceptos de “enfoque de género”, “perspectiva de género”, “transversalidad de género”, “género en el desarrollo (GED)”, entre otras denominaciones. No siempre las diferencias entre estos términos son claras, pero no corresponde aquí detallar las precisiones conceptuales que los distinguen. Basta con destacar la creciente importancia que ha adquirido desarrollar en cada disciplina social una mirada que rescate y reflexione en torno a los diferentes roles y funciones que llevan a cabo hombres y mujeres en una sociedad, que analice las causas tras las diferencias y que en ese sentido constituya un aporte para reducir la discriminación que histórica y socialmente ha recaído sobre las mujeres².

1 En particular, se señala como el tercer objetivo de desarrollo del milenio promover la “igualdad de género y el empoderamiento de la mujer”. En este contexto, igualdad entre los géneros implica igualdad en todos los niveles de la educación y en todos los ámbitos de trabajo, el control equitativo de los recursos y una representación igual en la vida pública y política. Para mayor información sobre este objetivo de desarrollo del milenio ver: NACIONES UNIDAS. Objetivo 3: Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer. [En línea] <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/gender.shtml>> [Consulta: 28 de octubre de 2010].

2 Para más información sobre los dilemas que plantea la categoría de género, ver: LAMAS, Marta. Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género. En: LAMAS, Marta (comp.) El Género: la construcción cultural de la diferencia sexual. [En línea] México, PUEG-UNAM, 1996. <<http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/USOSCATEGORIAGENERO-MARTA%2oLAMAS.pdf>> [Consulta: 3 de noviembre de 2010]; DE BARBIERI, Teresita. Sobre la categoría género. Una introducción teórico-metodológica. *Revista Debates en Sociología*. (18):145-169, 1993; DE BARBIERI, Teresita. Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género. [En línea]. Estudios de derechos humanos IV. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1995. <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/Certezas%2oy%2omalos%2oentendidos%2osobre%2ola%2ocategoria%2ode%2ogenero.%2oPor%2o%2oM.%2oTeresita%2oDe%2oBarbieri.pdf>> [Consulta: 25 de octubre de 2010].

El campo de la lucha contra la corrupción y promoción de la transparencia y rendición de cuentas, no escapa de esta necesidad. Sin embargo, el vínculo entre género y corrupción no suele ser un tema de investigación para quienes están dedicados a estas materias. Más aún, existen muy pocos estudios que abordan la relación entre género y corrupción. Este artículo busca contribuir al debate académico, en base a una reflexión sobre cómo incorporar una perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción. Para ello comenzaré examinando algunos estudios que han desarrollado una visión particular de la relación género/corrupción, para continuar con las implicancias que se derivan de éstos y las críticas que es posible formular a construcciones como esas. Finalmente, sugiero una línea alternativa para desarrollar la relación género/corrupción.

¿Son las mujeres menos corruptas que los hombres?

Para comenzar, puede resultar útil pensar –aunque sea en términos puramente teóricos- en qué aspectos del campo anticorrupción podría incidir la variable de género. En este sentido, podemos preguntarnos por la influencia que puede tener la variable de género en la ocurrencia de fenómenos de corrupción (es decir, como uno de los factores que determinan el nivel de corrupción en un contexto dado); en la forma en que se manifiestan estas conductas; y/o en las consecuencias o efectos que tiene la corrupción. Retomaré esta distinción al momento de sugerir la forma en que futuros estudios podrían incorporar la variable de género.

Los primeros estudios que se preguntaron por la relación entre género y corrupción datan de 1999 y 2001 respectivamente. Se trata de los estudios “Gender and Corruption” de Anand Swamy, Stephen Snack, Young Lee y Omar Azfar, desarrollado en el Centro IRIS de la Universidad de Maryland; y “Are Women Really the ‘Fairer’ Sex? Corruption and Women in Government” de David Dollar, Raymond Fisman y Roberta Gatti, desarrollado en un grupo de investigación del Banco Mundial.

En términos muy generales, estos estudios se basan en investigaciones empíricas que demostrarían que las mujeres son menos propensas a participar en actos corruptos, y a partir de ahí, sugieren que incrementar el nivel de participación de las mujeres en foros públicos, tales como parlamentos, legislaturas, gobierno, y otros espacios, puede ser una herramienta eficaz de lucha contra la corrupción.

El estudio realizado por Dollar *et al.*, hace expresa alusión a la literatura que sostiene las diferencias de conducta que distinguirían a hombres de mujeres. De acuerdo a estos autores, habría numerosos estudios experimentales que demostrarían que las mujeres tienen una mayor tendencia a exhibir una conducta de ayuda hacia los demás; que votan en base a consideraciones sociales; que obtienen más altos puntajes en pruebas de integridad; y que se comportan de manera más generosa al momento de enfrentar decisiones económicas. A partir de estos resultados, plantean que las mujeres serían menos propensas a sacrificar el bien común por intereses individuales, y que esa característica resulta especialmente relevante a la hora de analizar el rol de las mujeres en los gobiernos.

Para desarrollar esta hipótesis, este estudio examinó la relación entre la participación femenina en los gobiernos y los niveles de corrupción, en varios países. Como medida de la variable de corrupción se utilizó el índice de corrupción de *International Country Risk Guide*, y en cuanto al nivel de participación femenina se basaron en los resultados de la publicación “Las mujeres en los parlamentos: 1945-1995: estudio estadístico mundial” de la Unión Interparlamentaria. El cruce de estos datos arrojó que la presencia de parlamentarias femeninas tendría un efecto significativo³ en los niveles de corrupción, ya que mientras más altos eran los índices de participación femenina, más bajos eran los niveles de corrupción.

3 Según el estudio de Dollar *et al.* la variable de participación femenina produciría una desviación de casi un 20% en la variable de corrupción. Para más detalles sobre los resultados, ver: DOLLAR, David., FISMAN, Raymond, y GATTI Roberta. Are women really the “fairer” sex? Corruption and women in government. The World Bank, Policy Research Report on Gender and Development, Working Paper Series No. 4, octubre de 1999, pp. 4 y ss.

El estudio de Swamy *et al.*, sigue la misma línea planteada por Dollar *et al.*, pero amplía aún más los datos y fuentes empíricas utilizadas. En este caso, los investigadores comienzan presentando los datos de la Encuesta Mundial de Valores (*World Values Surveys*) que recoge la actitud de las mujeres hacia situaciones hipotéticas de soborno, para destacar lo que ellos llaman micro-evidencia. Esta encuesta, al indagar sobre el nivel de aceptación de varias conductas deshonestas o ilegales, muestra que en igualdad de circunstancias un porcentaje significativamente superior de mujeres considera que las conductas ilegales o deshonestas –entre ellas el soborno– nunca son justificables⁴.

En un segundo nivel (nivel Meso⁵), pero también en el plano del comportamiento individual, el estudio de Swamy *et al.* recoge los datos de una encuesta realizada por el Banco Mundial en Georgia que reflejó las conductas de empresarios y empresarias en contextos reales de sobornos. Esta encuesta mostró que las empresas cuyos dueños o gerentes eran mujeres recurrieron mucho menos a sobornos cuando entraron en contacto con agencias de gobierno⁶.

Por último, el estudio de Swamy *et al.* muestra también datos a nivel macro, es decir, datos comparativos por países, del mismo modo en que se mostraron en el estudio de Dollar *et al.* En

4 Según este estudio, alrededor de un quinto más de hombres que mujeres (27,6% frente a 22,7%), considera que a veces o siempre resulta justificable recurrir al soborno. Dicho de otro modo, la probabilidad de que un hombre responda que aceptar un soborno es “nunca justificable” es 4,3 puntos porcentuales menos que la probabilidad de que una mujer haga. Para más detalles sobre los resultados, ver SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. Gender and corruption. *Journal of Development Economics*. 64(1):25-55, 2001, pp. 30 y ss.

5 Así lo denomina el estudio: GTZ. Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for TA. Focal Theme: Corruption and Trafficking in Women. Division 42, Sector Project: Development and Testing of Strategies and Instruments for the prevention of Corruption. Bonn, Alemania, 2004, p. 16.

6 De acuerdo al estudio, “en promedio, las empresas cuyos dueños o gerentes eran mujeres recurrieron a sobornos en 4,6% de las ocasiones en que entraron en contacto con una agencia de gobierno”. Este porcentaje es casi el doble (12,5%) cuando se trata de dueños o gerentes hombres. Para más detalles, ver: SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. Gender and corruption. Op. cit., pág. 32.

este caso, Swamy *et al.* hacen una comparación entre el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional y el índice *Graft*⁷ con varias medidas de la participación de la mujer en política y el comercio (proporción de mujeres legisladoras en los parlamentos, proporción de ministras y altas funcionarias de gobierno y participación femenina en la fuerza laboral). Esta comparación arrojó que una mayor participación de las mujeres se asocia a menores niveles de corrupción.

Es importante aclarar que estos estudios reconocen que las diferencias que advierten podrían deberse a un conjunto de otros factores, y que éstos podrían distorsionar los verdaderos resultados de la relación entre género y corrupción. Es por ello, que ambos estudios incorporan en su análisis variables tales como el estatus laboral del sujeto, el nivel de educación, la nacionalidad, el sector económico, la agencia gubernamental con la cual se tiene contacto, la presencia de inversionistas extranjeros de la empresa en cuestión, el nivel de comercio del país, la diversidad étnica, la condición de ex - colonia, entre otros factores.⁸ Al incorporar estas variables en el análisis, es posible extraer la inferencia de estos otros factores, distinguiéndolos de la variable de género. De este modo, los estudios en cuestión, descartan que los resultados que advierten respondan a estas otras variables y no al género.

7 “*Graft*” es un término coloquial en inglés para aludir a maniobras poco transparentes, corruptas, tramposas. El índice *Graft*, es una herramienta construida por los investigadores Kaufmann, Kraay y Ziodo-Lobaton en 1999, como parte de una medición más amplia en torno a la calidad de la gobernabilidad en distintos países, medición que abarca entre otras variables la efectividad del gobierno y el respeto al Estado de derecho. Los investigadores incluyen este índice, ya que a diferencia del IPC de Transparencia Internacional, cubre más países.

8 En lenguaje estadístico, estas variables son denominadas “variables *dummies*” o variables ficticias. Con ellas, los autores “corrigen” o evitan eventuales distorsiones, ya que al cuantificarlas logran aislar la variable de género. Para más detalles sobre la metodología de estos estudios, en particular, sobre el uso de las variables *dummies*, ver SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. *Gender and corruption*. Op. cit., pp. 33-34; y DOLLAR, David., FISMAN, Raymond, y GATTI Roberta. *Are women really the “fairer” sex?* *Corruption and women in government*. Op. cit., pp. 3-4, respectivamente.

Con posterioridad a estos estudios, han surgido otras investigaciones que reafirman esta tesis que reconoce a las mujeres como menos corruptas o más probas. El estudio de María Fernanda Rivas -“An experiment on corruption and gender” (2006)- por ejemplo, se propone someter a prueba esta tesis con el objeto de confirmar si los datos advertidos por las investigaciones previas demuestran verdaderas diferencias de género, o se deben más bien, a diferencias en cuanto a inserción laboral y política de las mujeres. Este estudio evalúa también que las diferencias que se advierten entre el comportamiento de hombres y mujeres se deban a distintos grados de aversión al riesgo (en tanto involucrarse en conductas corruptas se asocia al riesgo de ser penalizado/a por éstas) y no a diferencias de orden ético. Es por ello que Rivas desarrolla un experimento neutralizando estas variables, para lo cual utiliza un “ambiente controlado”, con el objeto de someter a prueba a hombres y mujeres en las mismas condiciones⁹. Los resultados de este experimento confirmarían que las mujeres son significativamente menos corruptas que los hombres¹⁰.

Otro estudio, de Benno Torgler y Neven T. Valev (2006), examina si las mujeres serían más propensas a acatar el orden establecido, razón que podría estar tras los resultados empíricos que muestran a las mujeres como menos corruptas y menos proclives a actos ilegales tales como la evasión de impuestos. Este estudio se propone investigar si las mujeres tendrían mayor disposición que los hombres para comprometerse a acatar el ordenamiento legal y determinar la evolución de estas actitudes a lo largo del

9 Para más información sobre el diseño de este experimento, RIVAS, María Fernanda. An experiment on corruption and gender. Uruguay, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República, Documento de Trabajo Nº 8, 2006, pp. 8 y ss.

10 De acuerdo a este estudio, cuando los hombres asumían el rol de “empresa” que podía ofrecer sobornos, un 85% de ellos decidió hacerlo, mientras que en el caso de las mujeres esa cifra bajaba a un 65%. Asimismo, las transferencias promedio en el caso de los hombres fue de 6, mientras que en el caso de las mujeres fue de 3.1. En cuanto a la aceptación de sobornos, el rol de hombres y mujeres también fue estadísticamente significativo, un 76% de los hombres aceptó el soborno vs. un 58% de las mujeres.

tiempo, comparando grupos de similar edad. Para ello, utiliza los datos de la Encuesta Mundial de Valores (*World Values Surveys*) y de la Encuesta Europea de Valores (*European Values Surveys*). Nuevamente, la conclusión es que las mujeres se muestran más dispuestas a acatar y cumplir el orden legal y que además estas diferencias entre hombres y mujeres se mantendrían a lo largo del tiempo¹¹.

El camino recorrido por estas investigaciones no es nuevo. Las explicaciones que, como éstas, buscan encontrar un patrón que diferencie las conductas de hombres y mujeres, se han intentado antes en otros campos como la psicología cognitiva¹², pero también en otras ciencias sociales, siendo probablemente las teorías más conocidas aquellas que se han sostenido en el área de la criminología, campo en donde existen estudios que muestran que las mujeres delinquirían menos que los hombres e intervenirían menos en delitos violentos e incluso en cierto

11 Para más detalles sobre el desarrollo de este estudio ver TORGLER, Benno, y VALEV, Neven T. Women and illegal activities: gender differences and women's willingness to comply over time. Suiza, Center for Research in Economics, Management and the Arts (CREMA), Working Paper No. 2006-15, 2006. Cabe señalar sin embargo, que existen estudios previos justamente en el sentido contrario, es decir, que sostienen que las diferencias en las orientaciones morales de las mujeres se presentan en la adolescencia y se irían atenuando a medida que pasa el tiempo. Es el caso de la investigación de COHN, Lawrence. Sex differences in the course of personality development: A meta – análisis. *Psychological Bulletin* 109(2):252-266, 1991, citado en: ALOISIO, Carlos y PÉREZ MUÑOZ, Cristián. Género y Corrupción: ¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Y es deseable que lo sean? Montevideo, Departamento de Filosofía, Universidad Católica del Uruguay, 2006.

12 Son muy numerosos los estudios que han ahondado en supuestas diferencias morales entre hombres y mujeres, que se han preguntado si éstas son más generosas, más honestas, más solidarias, etc. Entre los investigadores que han desarrollado este campo, DOLLAR, David., FISMAN, Raymond, y GATTI Roberta. Are women really the “fairer” sex? Corruption and women in government. Op. cit., menciona a A.H. Eagly y M. Crowley, T.G. Goertzel, Denis Ones y Chockalingam Viswesvaran, Saundra Glover, Michelle Reiss y Kaushik Mitra, Catherine Eckel y Philip Grossman, etc. En un sentido contrario, Aloisio y Pérez aluden a las investigaciones de Lawrence Cohn, Dennis Krebs y Sandra Vermeullen, Gary Bolton y Elena Katok, Marshall Schminke, Bram Cadsby y Elizabeth Maynes, Susan Pharr, Daniel Aldrich y Rieko Kage, Shira Keshet, etc.

tipo de accidentes¹³. Con esto, quiero destacar que la búsqueda de este tipo de explicaciones y constataciones basadas en las diferencias de género está lejos de ser un fenómeno reciente. Sin embargo, me parece relevante esclarecer cuáles son las implicancias de tesis como éstas para poder desarrollar una visión crítica de estas investigaciones.

Implicancias y críticas a estas tesis

Según hemos desarrollado en el acápite anterior, la principal implicancia de aquellos estudios que sostienen que las mujeres serían empíricamente menos corruptas que los hombres, es que entonces ésta sería una buena razón para promover y aumentar la participación política y laboral de las mujeres como un medio eficaz para reducir la corrupción.

Frente a este razonamiento, es posible distinguir dos tipos de críticas. Por un lado, es posible revisar el modo en que se llevan a cabo este tipo de estudios. A este conjunto de objeciones las denominaré “críticas metodológicas”¹⁴. Pero por otro lado, es posible analizar las investigaciones que hemos repasado desde una perspectiva más sustantiva, en tanto, son objeciones que no se concentran en las condiciones bajo las que se desarrollaron estos estudios, sino que examinan la implicancia o razonamiento que se construye en base a estas investigaciones empíricas. Es decir, se trata de críticas que rebaten el deducir de ciertos resultados la necesidad y/o conveniencia de aumentar la participación política

13 SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. Gender and corruption. Op. cit., alude expresamente a esta coincidencia entre sus conclusiones y algunas investigaciones en el plano de la criminología. En este sentido, citan a M.R. Gottfredson y T. Hirshi, y a R. Paternoster y S. Simpson. Los primeros también son citados por Torgler y Valev, quienes rescatan los intentos de estos estudios por esbozar posibles razones tras estas diferencias. Existen diversas explicaciones desde la criminología, algunas argumentan una mayor capacidad de auto-control de las mujeres, otras enfatizan en las menores oportunidades de delinquir que tendrían las mujeres.

14 Estas críticas apuntan a lo que se conoce en lenguaje econométrico como “validez interna”. Objeciones a la “validez externa” de estos estudios apuntarían en cambio a la posibilidad de extraer conclusiones de los mismos aplicables a otras circunstancias o contextos.

y laboral de las mujeres. A este segundo grupo de objeciones las denominaré “críticas de fondo”. Ambas críticas –aunque a través de distintos métodos- dan luces sobre cómo la relación de hombres y mujeres frente a la corrupción debe ser comprendida junto a otros elementos y tomando en cuenta el contexto específico.

Críticas Metodológicas

Dentro de este grupo de objeciones, podría cuestionarse en primer término la confiabilidad de este tipo de investigaciones en el plano de las ciencias sociales, más allá de las condiciones específicas en que se llevaron a cabo los estudios señalados en el acápite anterior. En este sentido hay quienes cuestionan la posibilidad de “descubrir” leyes o generalizaciones empíricas en el campo de las ciencias sociales. Así por ejemplo, Alasdair MacIntyre ha señalado que “las ciencias sociales son predictivamente endebles y que no descubren leyes generales”¹⁵. Para este autor, las generalizaciones de las ciencias sociales se caracterizan por una especial falibilidad¹⁶ que determina que éstas carezcan de un real poder predictivo.

Cuestiona este autor, que las generalizaciones en el campo de las ciencias sociales si bien cuentan con un gran conjunto de ejemplos que las confirmarían, suelen coexistir también con numerosos ejemplos que probarían lo contrario, contraejemplos que no parecen afectar el mantenimiento de la generalización del modo en que sucede en el campo de las ciencias naturales o matemáticas. A partir de ahí, razona que estas generalizaciones sociales carecen de cuantificadores universales (no tendrían la forma de razonamiento universal), y además añade que carecen también de “modificadores de alcance”, es decir, no es posible decir de for-

15 Ver MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Segunda edición, Barcelona, Editorial Crítica, 2004, p. 118.

16 Para MacIntyre esta falibilidad dista de la condición de “refutables” de las generalizaciones científicas. En este sentido, MacIntyre dice que “los propios científicos sociales en su mayor parte adoptan de hecho una actitud tolerante hacia los contraejemplos, actitud muy diferente de la de otros científicos naturales o filósofos popperianos de la ciencia”. Ver *Ibid.*, pág. 119.

ma concreta bajo qué condiciones estas generalizaciones serían válidas. En tercer lugar, MacIntyre señala que las generalizaciones de las ciencias sociales -como la que realizan Swamy y Dollar *et al.* al afirmar la tesis de que a mayor presencia de mujeres habría menos corrupción- no conllevan un conjunto bien definido de condiciones de verificación, y por lo tanto, no pueden asumir la forma de leyes¹⁷.

En definitiva, MacIntyre desarrolla el argumento de que “los asuntos humanos”, de los cuales se ocupan las ciencias sociales, serían impredecibles, y si bien las ciencias sociales pueden explicar (retrospectivamente) ciertos fenómenos, no podrían predecir (prospectivamente) los mismos. De ahí, que investigaciones como las desarrolladas por Swamy y Dollar *et al.* no sirvan para deducir que es conveniente y/o necesario aumentar la participación de las mujeres con el objeto de reducir la corrupción.

En un segundo plano, hay quienes critican el modo en que estos autores habrían desarrollado sus estudios. Así por ejemplo, para Hung – En Sung estos estudios incurren en la denominada “falacia de división”, en tanto extraen conclusiones sobre el comportamiento individual solamente a partir de un conjunto de datos agregados¹⁸. Es decir, Sung critica que estos estudios carezcan de evidencia sobre el vínculo entre los niveles micro y macro. Para Sung, los resultados de los estudios examinados se explican no por el nivel de participación femenina, sino por el desarrollo de un “sistema político equitativo”, poniendo de ese modo el énfasis en el desarrollo de la democracia liberal en los respectivos países, medida a través de condiciones institucionales tales como el respeto al Estado de derecho, la libertad de prensa y una democracia electoral.

17 En este contexto, el término de leyes se utiliza no como norma jurídica, sino en el sentido de “ley científica”, es decir, como proposición que afirma una relación constante entre dos o más variables.

18 También se alude a esta falacia como “inferencia ecológica”. Ver: SUNG, Hung-En. Fairer sex or fairer system? Gender and corruption revisited. En: ALOISIO, Carlos y PÉREZ MUÑOZ, Cristián. Género y Corrupción: ¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Y es deseable que lo sean? Op. cit.

Una crítica similar es la que formulan los investigadores Adora Cheung y Rey Hernández-Julián¹⁹. Estos autores llevan a cabo una investigación a lo largo de varios Estados de EE.UU. y en principio confirman los datos que reflejan una correlación entre altas tasas de participación femenina y bajos niveles de corrupción. Sin embargo, de acuerdo a estos autores, los resultados de estudios como los de Swamy y Dollar *et al.* podrían estar sesgados por el hecho de comparar características de un conjunto de países en un único momento del tiempo, lo que invisibiliza una serie de otros factores que pueden explicar los resultados obtenidos, como por ejemplo, mejores constituciones, mayor respeto a los derechos humanos o un mejor Estado de derecho. Todas estas variables influirían tanto en la reducción de la corrupción como en el aumento de la participación de las mujeres, pero al comparar los datos en sólo un momento del tiempo, el efecto de estas otras variables puede haber sido atribuido a la presencia femenina en los gobiernos. Examinar en cambio, cómo cambia la participación femenina en un lugar dado, controlando el efecto de estas otras variables, puede arrojar mayores luces de su efecto en la corrupción. Al hacer esto en varios Estados de EE.UU., estos autores cuestionan la tesis de que a mayor participación de mujeres habría menos corrupción.

Por último, existen estudios experimentales que refutarían los resultados obtenidos por Dollar y Swamy *et al.* Uno de éstos, es el estudio de Vivi Alatas *et al.* que al examinar datos de Australia, India, Indonesia y Singapur, obtienen que mientras en Australia existirían diferencias de género en las actitudes frente a la corrupción, en el resto de los países examinados estas diferencias no existirían. De ahí que estos autores concluyan que no existen diferencias universales de género en el ámbito de la corrupción, sino que por el contrario, estas diferencias responderían a aspectos culturales que resultan ser específicos de cada contexto²⁰.

19 CHEUNG, Adora y HERNÁNDEZ-JULIÁN, Rey. *Gender and Corruption: A Panel - Data Analysis*. Estados Unidos, University of Rochester y St. Lawrence University, 2006.

20 Para más detalles sobre esta investigación ver: ALATAS, Vivi, CAMERON, Lisa, CHAUDHURI, Ananish, ERKAL, Nisa, y GANGADHERAN, Lata. *Gender and corruption: insights from an experimental analysis*. Melbourne, The University of Melbourne, Research Paper N° 974, 2006.

Críticas de Fondo

Pero no sólo es posible criticar la metodología de estos estudios, sino que existen críticas que objetan el razonamiento a partir del cual los estudios que hemos examinado concluyen que aumentar la participación de las mujeres debe ser promovida como un método para combatir la corrupción. Es decir, asumiendo los datos que muestran estas investigaciones, ¿es conveniente promover a partir de ahí la participación política y laboral de las mujeres?

Una primera gran crítica que debe formularse a estos estudios, es que se sustentan sobre la base de conceptos subjetivos. Las mediciones de corrupción que utilizan estos estudios son mediciones de percepción, y por tanto son mediciones subjetivas que están determinadas por patrones culturales. Esto significa, que dichos estudios no tendrían el carácter “neutro” que parecen tener, en virtud del cual pareciera que sólo recogen datos estadísticos de una determinada realidad. Por el contrario, estas investigaciones más que advertir o descubrir patrones de diferencia entre hombres y mujeres, no harían más que reflejar –y en cierto modo reproducir– los patrones de discriminación que tradicionalmente recaen sobre las mujeres.

Al no considerar lo anterior, estos estudios corren el riesgo de limitarse a reflejar los prejuicios que la sociedad tiene sobre las mujeres y más aún, contribuir en la construcción de un determinado estereotipo de mujer.

Además, al sustentar la tesis de que las mujeres serían menos corruptas que los hombres, se corre el riesgo de incurrir en posturas que asumen la existencia de diferencias ontológicas entre hombres y mujeres²¹. Dicho de otro modo, se naturalizan las

21 Estas posturas son fuertemente criticadas por una rama del feminismo, que sostienen que es necesario dejar de lado el énfasis en las diferencias, en tanto son éstas las que tradicionalmente han relegado a las mujeres al ámbito doméstico y a una posición de inferioridad respecto de los hombres. Para esta rama – denominada Feminismo de la Igualdad- las diferencias de género han sido utilizadas como instrumento de dominación masculina, por lo que persiguen como objetivo la igualdad de género. No obstante, hay otra rama –Fe-

diferencias. Simplificando este tipo de análisis puede llegarse al extremo de sostener que las “mujeres serían esencialmente más probas que los hombres”, pasando por alto la influencia cultural en la construcción de los géneros y los roles que socialmente se asigna a mujeres y hombres.

Es por ello que quienes critican estos estudios insisten en que los resultados obtenidos no responden a verdaderas diferencias de sexo –diferencias ontológicas entre hombres y mujeres-, sino a una diferencia de géneros, entendiendo la noción de género como una construcción social, en tanto las diferencias recaerían en las oportunidades que tienen las mujeres de incurrir en actos corruptos. Se alude a la dificultad por parte de las mujeres de acceder a las esferas e instancias donde se dan las oportunidades de incurrir en actos corruptos: altos cargos, círculos de poder o redes de confianza. Todas estas limitaciones estarían determinadas culturalmente, y en este sentido forman parte de la construcción social de los roles de género y esto no se ve reflejado cuando se afirma que las mujeres serían menos corruptas que los hombres.

Anne Marie Goetz constata lo irónico que resulta que históricamente fueron exactamente este tipo de argumentos esencialistas los que mantuvieron alejada de la vida política a las mujeres, en tanto se sostenía que éstas eran inherentemente incapaces de tener pensamiento abstracto, razonamiento ético o alguna otra virtud masculina necesaria para la vida pública. Por el contrario, se sostenía que las virtudes femeninas de cuidado eran las que justificaban su rol privado en el ámbito del hogar. Lo paradójico es que ahora, estas mismas características las harían necesarias y/o convenientes para la vida pública.

minismo de la Diferencia- que por el contrario, supone la existencia de diferencias entre hombres y mujeres, aunque ello no debiese interpretarse como un signo de inferioridad de éstas últimas. Esto hace que sea especialmente complejo examinar las posturas feministas en estas cuestiones, ya que hay autoras que han promovido razones como éstas, para lograr una mayor participación pública de las mujeres. De todos modos, una descripción acabada de cada una de estas corrientes requiere introducir una serie de matices que exceden el objeto de este trabajo.

Pero asumir la existencia de diferencias ontológicas entre hombres y mujeres no sólo se basaría en premisas que no estarían lo suficientemente sustentadas, sino que lo que resulta más grave es que sirven de base para un razonamiento injusto y discriminatorio, lo que será el punto de partida para el desarrollo de las críticas más profundas a estos estudios.

En este punto, es necesario hacer un alcance. He sostenido, que los estudios examinados en el acápite anterior corren el “riesgo” de caer un posiciones esencialistas. De hecho, Swamy *et al.* señalan expresamente que “no pretendemos haber descubierto alguna diferencia esencial, permanente o biológicamente determinada entre hombres y mujeres. En efecto, las diferencias de género que observamos podrían atribuirse a la socialización, al acceso desigual a las redes de corrupción, o al conocimiento de cómo inmiscuirse en prácticas corruptas, o a otros factores”²². Sin embargo, es claro que a pesar de hacer esta prevención, estudios como los que describimos en el acápite anterior, están formulados en un lenguaje que no profundiza ni examina las razones tras los resultados que muestran, por lo que invisibilizan esos patrones culturales que están detrás de las diferencias observadas.

Corresponde examinar ahora las objeciones que es posible formular frente a estos estudios, no por sostener que existen las diferencias observadas entre hombres y mujeres, sino por basarse en éstas como fundamento para el desarrollo de políticas públicas²³, en este caso, el de promover el aumento de participación política y laboral femenina como medio de lucha contra la corrupción²⁴.

22 SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. Gender and corruption.op. cit., p. 27.

23 A pesar de que, como veremos a continuación, esta aproximación ha sido expuesta a profundas críticas, hay lugares en que se han intentado políticas públicas basadas en estos argumentos. Entre los ejemplos más recurrente, está la política de incorporar más mujeres a la policía de Lima, Perú, o al personal de Aduanas en México. También hay algunas experiencias de este tipo en la administración pública de Uganda.

24 Tal vez una primera consideración que podría hacerse a este razonamiento, sería el de incurrir en la denominada “guillotina de Hume” que consiste precisamente en la falacia de deducir de premisas descriptivas, conclusiones normativas. Sin embargo, por razones de espacio no desarrollaré esta línea crítica.

En este contexto, el error no consiste en promover dicha participación sino en hacerlo por las razones equivocadas. Si debe promoverse la participación pública de las mujeres es por razones de justicia y equidad. Introducir, en cambio, este otro tipo de razones desplaza a un segundo plano los argumentos de justicia y los reemplaza por razones que instrumentalizan a las mujeres²⁵.

Por último, los estudios examinados incurren en otro gran error, que es generalizar a “las mujeres” como un solo gran grupo homogéneo, al menos en cuanto a actitudes frente a la corrupción, ignorando de este modo las múltiples diferencias que pueden existir por motivos de etnia, raza, clase social, u otras. Tal como señala Walzer, “presumiblemente, las mujeres actuarán como los hombres en política: esto es, haciendo uso del poder que tienen para lograr sus objetivos, no sólo como miembros de su género (o de sus familias), sino también como miembros de otros grupos, y como individuos. Es precisamente por eso que en democracia no hay razones para su exclusión”²⁶.

La perspectiva de género en el campo de la lucha contra la corrupción

Pero no quisiera terminar este trabajo únicamente reflexionando en torno al debate de si las mujeres deben ser consideradas más o menos corruptas y de si es válido considerar estas razones para promover su inclusión en la vida pública. Me parece que este cuestionamiento es importante pero limitado, ya que

25 En este mismo sentido, Aloisio y Pérez señalan que “si decimos que dado que las mujeres son menos corruptas que los hombres, nuestras instituciones esenciales deberán ser dirigidas por ellas, no estamos apostando por un criterio basado en la justicia o en la equidad, sino más que nada en la eficiencia”. Además, señalan que un modelo de este tipo iría en contra de una verdadera democracia representativa. Ver: ALOISIO, Carlos y PÉREZ MUÑOZ, Cristián. Género y Corrupción: ¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Y es deseable que lo sean? Op. cit., pp. 17 y ss.

26 Ver: WALZER, Michael. Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality. EE.UU., Basic Books, 1983, p. 241.

se centra únicamente en el papel que desempeñarían las mujeres como factor condicionante en la ocurrencia de fenómenos de corrupción, y tal como señalé al comienzo de este trabajo, la reflexión en torno a incorporar una perspectiva de género en el ámbito de lucha contra la corrupción está lejos de agotarse en este único aspecto. Es fundamental preguntarse también cómo afecta la variable de género en la manifestación de la corrupción, qué impacto tiene la corrupción, y en particular ¿cómo afecta la corrupción a las mujeres?

Sobre estas interrogantes existe muy poca investigación empírica y académica, por lo que lo primero que salta a la vista es la necesidad de profundizar en las mediciones de impacto de la corrupción que tomen en cuenta el factor de género, es decir que examinen la condición de las mujeres, en comparación con los hombres, como víctimas de la corrupción. Sin embargo, aún con la poca información disponible es posible sacar algunas conclusiones.

En primer lugar, es necesario recordar la literatura que acredita que la corrupción afecta más gravemente a los más pobres de la sociedad. Esto se explica porque son ellos quienes más sufren la carencia de recursos por parte del Estado –bienes y dinero desviados del Estado por efecto de la corrupción-; porque son quienes se ven más afectados por las formas cotidianas de corrupción; y porque ante la presencia de corrupción el sistema institucional los priva de herramientas de rendición de cuentas, participación, transparencia e inclusión. Actos corruptos tales como el soborno, el clientelismo y el requerir exigencias indebidas para acceder a programas sociales²⁷ impactan de forma desproporcionada a los pobres. Transparencia Internacional ha constatado que la corrupción actúa como un impuesto regresivo sobre los pobres, pues roba

27 Un estudio de TI – México, del año 2005, reveló que el 25% de los ingresos correspondientes a hogares pobres fue destinado al pago de sobornos para acceder a servicios públicos. TI añade que “quienes no pueden afrontar el pago de sobornos son aún más marginados, no pueden acceder a determinados servicios y se convierten en ciudadanos olvidados”, TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Pobreza y Corrupción: Documento de Trabajo #02/2008. Berlín, Transparencia Internacional, 2008.

recursos de hogares sobre los que ya pesa una importante carga económica²⁸. Esto se ha visto confirmado en mediciones como el Barómetro Global de la Corrupción, el que en su versión 2009 constata que “los resultados demuestran que es más probable que los encuestados que pertenecen a hogares de bajos ingresos, antes que los de altos ingresos, paguen sobornos cuando realizan gestiones ante las fuerzas policiales, el poder judicial, los servicios de administración de tierras o incluso el sistema educativo”²⁹.

A partir de esta constatación es posible sostener que la corrupción afecta de forma desproporcionada a las mujeres, ya que son ellas quienes constituyen la mayoría de la población afectada por la pobreza³⁰. Esto responde a la exclusión que viven muchas mujeres en términos de oportunidades sociales, acceso a los medios productivos, a educación, discriminación en el sector laboral, entre otros factores. En este sentido, la corrupción constituye un obstáculo adicional para las mujeres, quienes ya se ven enfrentadas a todo tipo de discriminación en el plano social, económico y político. Esto también lleva a plantear que los estudios que aborden la problemática de la corrupción deben considerar factores y variables como las mencionadas. No se pueden reducir los análisis a la condición sexual de los sujetos.

Junto con lo señalado, resulta pertinente preguntarse si las mujeres enfrentan formas diferentes o específicas de corrupción. De acuerdo a un informe de la GTZ sobre Género y Corrupción las mujeres, por su mayor vulnerabilidad y dependencia de los programas sociales estatales, se ven especialmente expuestas a la corrupción en el sector de la educación, salud u otros sectores sociales³¹. A esto cabe añadir al menos dos consideraciones adi-

28 Ver Ibid..

29 Ver TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Barómetro Global de la Corrupción 2009. Berlín, Transparencia Internacional, 2009.

30 De acuerdo al informe: GTZ. Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for TA. Op. cit., la mayoría de los 1.5 billones de personas que a lo largo del mundo viven con un dólar al día o menos, son mujeres. Aún más, la proporción entre mujeres y hombres pobres sigue aumentando, dando lugar a lo que se conoce como “femenización de la pobreza”.

31 GTZ. Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for TA. Op. cit., p. 8.

cionales. En primer lugar, las mujeres están expuestas a una forma particular de corrupción basada en el acoso y/o abuso sexual (por ejemplo si se acude a éste como exigencia para acceder a determinados servicios), el cual puede presentarse tanto vinculado a la corrupción en el sector de los servicios sociales como en cualquier otro ámbito de corrupción (policial, judicial o política). Pero además, el rol social de la mujer la coloca en una situación más vulnerable a la corrupción. Por ejemplo su rol reproductivo y de cuidado implica una mayor necesidad de recursos y servicios para poder atender el embarazo, el parto, la lactancia y la crianza en general³².

Tener en cuenta el impacto diferenciado que la corrupción tiene sobre las mujeres implica incorporar perspectiva de género que puede influir decisivamente en la generación y aplicación de políticas públicas destinadas a combatir la corrupción y promover la transparencia. En cierto sentido significa cambiar la perspectiva: en vez de plantear la pregunta de qué pueden hacer las mujeres (supuestamente más probas que los hombres) por el Estado; implica preguntarse qué debe hacer el Estado por las mujeres (como víctimas de la corrupción)³³. Lamentablemente esta perspectiva aún no ha sido muy desarrollada, aunque existen ciertas iniciativas que han intentado incorporar una visión sensible al género al momento de pensar en políticas anticorrupción³⁴.

32 Asimismo, existen sociedades que cargan a la mujer con la responsabilidad de conseguir el agua, siendo éste un bien sumamente escaso, lo que también las coloca en una situación de vulnerabilidad.

33 En algún sentido es lo que Anne Marie Goetz plantea al criticar el debate que desarrollado en la primera parte de este trabajo. Ver: GOETZ, Anne Marie. *Political cleaners: how women are the new anti-corruption force. Does the evidence wash?* Brighton, Institute of Development Studies, University of Sussex, 2003, pp. 15 y ss.

34 Existen novedosos estudios en este sentido en el contexto africano. Entre otros pueden mencionarse los siguientes: AGBALAJOBI, Damilola Taiye. *Gender and corruption: insights from Nigeria Democracy (1999-2008)*; EVINA, Hon. Ndo y GALEGA, Prudence. *Mainstreaming gender equality in anti corruption measures. A challenging experience for Cameroon*; KARIUKI, Ngotho wa. *Impact of corruption on women. Economic empowerment in Africa. Todos en: WORKSHOP Gender and Corruption in Development Cooperation (10-11 de noviembre de 2008, GTZ Headquarter, Eschborn, Alemania). European Association of Development Research and Training Institutes (EADI), 2008*

Conclusiones

A lo largo de este trabajo he intentado reflexionar en torno a distintas posibilidades que permitan incorporar la perspectiva de género en el campo de lucha contra la corrupción y promoción de la transparencia. Para ello comencé exponiendo una línea de investigación que recomienda aumentar la participación política de las mujeres como medio de lucha contra la corrupción, basada en diversas investigaciones empíricas que demostrarían que las mujeres son menos corruptas que los hombres. Sin embargo, estos estudios han sido objeto de múltiples críticas, entre las que destacan las referidas al carácter esencialista de sus análisis.

Pero la reflexión en torno a la perspectiva de género en el ámbito de lucha contra la corrupción no se agota en la revisión de si las mujeres serían más o menos corruptas, o de si es válido a partir de ahí promover su participación política. También es necesario analizar cómo se manifiesta la corrupción y especialmente cómo impacta en las mujeres. En este contexto es posible constatar que la corrupción impacta de forma diferenciada a las mujeres, en tanto son ellas quienes constituyen la mayoría de la población pobre, grupo que a su vez es quién más sufre los efectos de la corrupción. Pero además, las mujeres resultan ser víctimas más vulnerables frente la corrupción ya que respecto de ellas ésta puede asumir nuevas formas vinculadas a acosos y abusos sexuales. Pero sobre todo, es fundamental entender que la corrupción se transforma en un obstáculo adicional que se suma a las discriminaciones de orden social, económico, político y cultural que deben enfrentar las mujeres. Estos factores implican también una mayor dificultad por parte de las mujeres para enfrentar y superar la corrupción.

Incorporar la perspectiva de género es aún un desafío pendiente para los investigadores y las investigadoras y para quienes son responsables de generar y aplicar políticas anticorrupción. Es de esperar un desarrollo progresivo de estudios en este sentido, en tanto muchos de los temas usualmente abordados en el campo de lucha contra la corrupción (iniciativas de mayor accountability, acceso a la información, financiamiento político, etc.), pueden enriquecerse con el análisis de esta perspectiva.

El Sistema de Comunicaciones Individuales ante el Comité CEDAW: tendencias jurisprudenciales y desafíos futuros.

Nicole Lacrampette P.

Abogada, Universidad de Chile. Colaboró como ayudante del Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fue asistente del Programa Mujeres del CDH colaborando en distintos proyectos como la “Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres” y el Diploma de Postítulo Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica.

Resumen

El trabajo busca realizar un análisis crítico de la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con miras a determinar, por una parte, los criterios utilizados en las decisiones de admisibilidad, y por otra, establecer los razonamientos que subyacen a las declaraciones de violación de derechos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se sostiene que las decisiones relativas a la admisibilidad *ratione temporis* han mostrado cierta inconsistencia en cuanto a la aplicación de la excepción de violaciones continuas, puesto que el alcance y contenido de este concepto parece ser bastante flexible. El trabajo sostiene también, en materia de agotamiento de recursos internos, que existen ciertas reglas desarrolladas por la vía jurisprudencial, destacando que, para el Comité, para dar cumplimiento al requisito de agotamiento de los recursos internos, no basta con interponer todas las acciones jurisdiccionales disponibles a nivel nacional, sino que al mismo tiempo se deben plantear a nivel interno las alegaciones sustantivas que se pretenden ante el Comité. En cuanto a las decisiones sobre el fondo, específicamente sobre el tema de violencia

doméstica, el Comité ha ido estableciendo una serie de principios que definen el alcance y contenido de las obligaciones estatales en esta materia, las cuales comprenden la prevención de la violencia y protección de las víctimas, la formulación de leyes y políticas públicas para tales fines, el proveer acceso efectivo a los procedimientos legales o de otra índole establecidos para dar respuesta a la violencia y el actuar con la debida diligencia para proteger a las víctimas y atender a sus necesidades específicas.

Introducción

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer otorga al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, “El Comité”) la facultad para examinar comunicaciones “presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas” (artículo 2º del Protocolo Facultativo). Dicho Protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre del año 2000, y a la fecha cuenta con 79 Estados signatarios y 96 Estados parte.

A la fecha¹, el Comité se ha pronunciado sobre un total de 11 comunicaciones individuales, encontrando 6 de ellas inadmisibles, declarando violaciones a derechos contenidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, “CEDAW”) en 4 casos y no encontrando violaciones en uno.

1 “Este artículo fue redactado con la jurisprudencia disponible al mes de julio de 2009. Con posterioridad, el Comité ha emitido 9 sobre comunicaciones individuales, declarando inadmisibles cuatro de ellas (U.N. Docs.: CEDAW/C/44/D/12/2007 - CEDAW/C/44/D/13/2007 - CEDAW/C/50/D/26/2010 - CEDAW/C/50/D/27/2010) y examinando el fondo en cinco casos (U.N. docs.: CEDAW/C/49/D/17/2008 - CEDAW/C/46/D/18/2008 - CEDAW/C/49/20/2008 - CEDAW/C/49/D/23/2009 - CEDAW/C/50/D/22/2009), encontrando en todos ellos violaciones a derechos contenidos en la CEDAW.”

A la luz de los antecedentes recién señalados, este trabajo pretende efectuar un análisis crítico de la jurisprudencia del Comité disponible a la fecha, con miras a determinar, por una parte, los criterios utilizados en las decisiones de admisibilidad, y por otra, establecer los razonamientos que subyacen a las declaraciones de violación de derechos de la CEDAW, comparando estos aspectos, en lo que resulte pertinente, con otros mecanismos internacionales de protección de derechos humanos (en particular, los sistemas Interamericano, Europeo y de Naciones Unidas). A partir de este análisis se pretende esbozar una evaluación de la eficacia del procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité, e identificar ciertas tendencias jurisprudenciales útiles para prever posibles decisiones futuras.

Las decisiones sobre admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones individuales presentadas ante el Comité se encuentran en el artículo 4 del Protocolo Facultativo. Las decisiones de inadmisibilidad hasta la fecha se han fundado en los requisitos de agotamiento de los recursos internos y *ratione temporis*. El análisis que se presenta a continuación, se referirá a estos dos requisitos de admisibilidad.

Admisibilidad en razón del tiempo.

El artículo 4.2 e) del Protocolo Facultativo señala:

“El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que:

[...]

e) Los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.”

El fundamento de esta regla de admisibilidad en razón del tiempo -o *ratione temporis* -fluye del principio generalmente re-

conocido de derecho internacional relativo a que los tratados internacionales no tendrán efectos retroactivos.² Sin embargo, la no aplicación retroactiva del Protocolo admite una excepción, en el caso de las llamadas “violaciones continuas”³, consistente en la admisibilidad *ratione temporis* de aquellas comunicaciones en las cuales los hechos que se invocan se han iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Protocolo en un Estado, pero continúan produciéndose o tienen efectos que en sí mismos configuran violaciones, con posterioridad a esa fecha. En relación a esta excepción, el Comité ha señalado que en ella “se codifica un importante aspecto derivado de la práctica del Comité de Derechos Humanos, al especificarse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer podrá declarar admisible una comunicación si los hechos han continuado produciéndose después de la fecha de entrada en vigor del Protocolo. También aplica esta norma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que adoptó expresamente la práctica del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Europea de Derechos Humanos”⁴.

Las decisiones del Comité CEDAW relativas a la admisibilidad *ratione temporis* han mostrado una cierta inconsistencia en cuanto a la aplicación de la excepción de violaciones continuas, puesto

2 JOSEPH, Sarah, SCHULTZ, Jenny, CASTAN, Melissa. The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials and commentary. New York, Oxford University Press, 2000, p.33.

3 En relación al alcance de la excepción de violaciones continuas en el Sistema Interamericano, ver: MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007, pp.84 y ss. En el Sistema Europeo, ver: ZWART, Tom. The admissibility of human rights petitions: the case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee. Dordrecht, Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp.126 y ss.

4 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Cuestiones planteadas con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 30° Período de sesiones, 12 al 30 de enero de 2004. U.N. Doc. CEDAW/C/2004/I/WP.2

que el alcance y contenido de este concepto parece ser bastante flexible.⁵

En el caso B.J. v. Alemania⁶, la autora denunció ser víctima de discriminación en función de género a causa de las leyes relativas a las consecuencias jurídicas del divorcio de su país. El Comité estableció que los hechos que constituían el objeto de la comunicación se referían a “las consecuencias del divorcio, en particular a la distribución equitativa de los bienes acumulados, la equiparación de las pensiones y la pensión compensatoria tras la disolución del matrimonio”⁷, sin embargo, sostuvo que el divorcio de la autora se concretó definitivamente en una fecha anterior a la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo en Alemania, y que la autora no presentó argumentos convincentes que indicaran que los hechos continuaron produciéndose después de esa fecha, declarando en consecuencia la inadmisibilidad *ratione temporis* de la comunicación.

Por el contrario, en el caso A.S v. Hungría⁸, la autora de la comunicación denunció haber sido sometida a esterilización sin haber otorgado su consentimiento informado para dicho procedimiento quirúrgico, el cual tuvo lugar el 2 de enero de 2001. Esta fecha es anterior al 22 de marzo de 2001, día que entró en vigor el Protocolo Facultativo en Hungría. No obstante, la autora solicitó al Comité que determinara si ciertos derechos que le confiere la Convención fueron y continuaron siendo violados como consecuencia de

5 Al respecto, ver: BYRNES, A. y BATH, E. Violence against women, the obligation of due diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - Recent Developments. Human Rights Law Review 8(3):517-533, 2008, pp. 531 y ss.; JOHNSTON, Zannah. Decisions of the CEDAW Committee: lack of consistency in admissibility decisions. [En Línea] 2009 John and Mary Yaremko Forum on Multiculturalism and Human Rights: Student Symposium on Women's Human Rights. Universidad de Toronto, Facultad de Derecho, 6 de marzo de 2009. <http://www.law-lib.utoronto.ca/diana/2009_symposium_papers/johnston_paper.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2010]

6 B.J. v. Alemania. Comunicación No. 1/2003, U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/1/2003.

7 Ibid., párr. 8.4.

8 Andrea Szijarto (A.S.) v. Hungría. Comunicación No. 4/2004, U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/4/2004.

la esterilización. El Comité estimó que en este caso se presentaron argumentos convincentes respecto a que la esterilización debería considerarse permanente y, en consecuencia, consideró que los hechos objeto de la comunicación eran de carácter permanente y por tanto se justificaba la admisibilidad *ratione temporis*. Al igual que en el caso anterior, aquí se trataba del carácter permanente de las consecuencias de los hechos invocados en la denuncia, sin embargo las conclusiones alcanzadas por el Comité son opuestas en ambos casos.

Por otro lado, en *A.T. v. Hungría*⁹, la autora denunció ser víctima de violencia doméstica grave y reiterada de parte de su concubino, desde 1998 hasta la fecha de la comunicación (10 de octubre de 2003). A pesar de que ella se mudó de la residencia familiar el mismo año en que se iniciaron los abusos, éstos siguieron produciéndose continuamente, dejándola varias veces hospitalizada. Aunque la mayor parte de los episodios de violencia tuvieron lugar con anterioridad a la fecha en que el Protocolo Facultativo entró en vigencia en Hungría, la autora afirmó que éstos constituían elementos de un cuadro claro de violencia doméstica sistemática y que su vida seguía estando en peligro. El Comité se declaró competente *ratione temporis* para examinar la comunicación en su totalidad, en razón de que “los hechos a que se refiere abarcan la presunta falta de protección o la inacción culpable del Estado Parte en relación con la serie de agresiones graves y amenazas de violencia que ha caracterizado de manera ininterrumpida el período comprendido entre el inicio de las agresiones en 1998 y el momento actual.”¹⁰

El Comité, en consecuencia, “aplicó la ‘cláusula de violación continua’ a la Sra. A.T. pero no a la Sra. B.J. Asume que las consecuencias para la Sra. B.J. terminaron al momento de su divorcio. Esta fecha podría considerarse tan arbitraria e irreal como la fecha en la que la Sra. A.T. se separó de su concubino abusivo.

9 *A.T. v. Hungría*. Comunicación No. 2/2003, U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/2/2003.

10 *Ibid.*, párr. 8.5.

La diferencia tal vez refleja la relativa invisibilidad de las desventajas financieras en comparación al peligro físico”¹¹, lo cual a primera vista podría ser corroborado por el hecho de que ningún caso de violencia doméstica presentado al Comité ha sido rechazado por motivos de admisibilidad *ratione temporis*, y de los cuatro que ha conocido sobre esta materia, ha declarado violaciones en tres de ellos.

Sin embargo, lo anterior se ve refutado en el caso Kayhan v. Turquía¹², en el que la autora alegó ser víctima de discriminación por motivos de sexo en el empleo y en su libertad de religión y pensamiento por parte del Estado, a causa de haber sido destituida en junio del año 2000 de su condición de funcionaria pública por haber usado un velo, prenda de uso exclusivo de la mujer, mientras se desempeñaba como profesora de escuelas dependientes del Ministerio de Educación. El Protocolo entró en vigencia en Turquía en enero de 2003. Al considerar la admisibilidad de la comunicación, el Comité señaló que como consecuencia de la destitución de la autora estaban en juego “los efectos de la pérdida de su condición, es decir, su medio de subsistencia en gran medida, las deducciones que se acreditarían a su pensión de jubilación, los intereses sobre su sueldo y sus ingresos, su subsidio de educación y su seguro médico”¹³. En razón de ello, el Comité consideró que los hechos de la denuncia continuaron produciéndose después de la entrada en vigor del Protocolo en el Estado y por ello se justificaba la admisibilidad *ratione temporis*, sin perjuicio de que la comunicación fue en definitiva declarada inadmisibles por otros motivos. En este caso, el Comité consideró que las consecuencias patrimoniales del hecho denunciado por la autora eran de naturaleza continua, lo cual contradice sustancialmente la decisión adoptada en B.J. v. Alemania, puesto que no parecen existir razones de peso para

11 JOHNSTON, Zannah. Op. cit, p. 8 (traducción propia).

12 Rahime Kayhan v. Turquía. Comunicación No. 8/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/34/D/8/2005

13 Ibid., párr. 7.4.

sostener que los perjuicios económicos que puedan surgir como consecuencia de un divorcio tienen un alcance temporal más reducido que aquellos derivados de un despido.

Por último, en los casos Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña v. España¹⁴ y Ragan v. Reino Unido¹⁵, el Comité optó por establecer claramente la fecha de los hechos pertinentes de cada caso y a partir del establecimiento de la fecha, examinar la admisibilidad *ratione temporis*. El primer caso se refiere a la desventaja de la autora, como mujer, frente a su hermano menor, quien por ser hombre pudo suceder en el título nobiliario de su padre, y el segundo, a la inhabilidad de la autora para transmitir su nacionalidad británica a su hijo de padre extranjero, dado que ésta sólo se transmitía por la vía paterna al momento de nacer su hijo mayor. En el primer caso, el Comité estableció que el hecho pertinente para efectos de la admisibilidad correspondía al momento en que se adjudicó al hermano de la autora el derecho de sucesión al título nobiliario del padre de ambos, mientras que en el segundo, consideró que la presunta discriminación alegada por la autora cesó en la fecha en que su primogénito alcanzó la mayoría de edad. Dado que ambas fechas eran anteriores a la entrada en vigencia del Protocolo y que el Comité consideró que los hechos no eran de carácter continuo, ambos casos fueron declarados inadmisibles.

Agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

El artículo 4.1 del Protocolo Optativo establece:

“El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.”

14 Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña v. España. Comunicación No. 7/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/7/2005.

15 Constance Ragan Salgado v. Reino Unido. Comunicación No. 11/2006, U.N. Doc. CEDAW/C/37/D/11/2006.

La regla del agotamiento de los recursos internos es también común a los procedimientos de comunicaciones individuales seguidos por los demás órganos del Sistema de Naciones Unidas, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ y por la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁷. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el propósito de esta norma “es, entre otros, lograr que las posibles víctimas de violaciones de las disposiciones del Pacto, procuren, en primer lugar, satisfacción de las autoridades competentes del Estado Parte y, al mismo tiempo, hacer que los Estados Partes examinen, sobre la base de reclamaciones individuales, la aplicación, en su territorio y por sus órganos, de las disposiciones del Pacto y, si es necesario, remediar las violaciones que ocurren antes de que el Comité se ocupe del asunto”¹⁸.

El tratamiento de este requisito por parte del Comité CEDAW ha ido estableciendo ciertas reglas relativas al contenido de la obligación de agotamiento de los recursos internos. A continuación se examinan dos de ellas, que resultan relevantes en atención a que han sido fundamentos frecuentes de las decisiones del Comité sobre este requisito de admisibilidad.

La primera de estas reglas es que el requisito de agotamiento de los recursos internos contiene la obligación de plantear a nivel nacional los argumentos de discriminación por razones de género.

Este criterio se ha aplicado en los casos *Kayhan v. Turquía*, *N.F.S. v. Reino Unido* y *Zheng v. Países Bajos*. En el primero, la inadmisibilidad se sostuvo en la constatación de que, al recurrir a las instancias nacionales, la autora no planteó ante ellas la cuestión de la discriminación en razón de género que presentó ante el Comité, a raíz de lo cual éste concluyó que “antes

16 Artículo 46.1 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17 Artículo 35.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

18 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. T.K. v. Francia. Comunicación No. 220/1987, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/220/1987, párr. 8.3.

de presentar una comunicación al Comité, la autora debería haber presentado a los órganos administrativos a los que acudió, argumentos relativos a la cuestión de la discriminación por motivos de sexo¹⁹. Resulta curioso que el Comité fundó su decisión de inadmisibilidad en esta constatación a pesar de que el Estado no invocó este argumento en sus observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación, en circunstancias que lo usual en derecho internacional es que el Estado es quien debe alegar la falta de agotamiento de los recursos internos y quien tiene la obligación de demostrar que dichos recursos no han sido agotados.²⁰

El mismo criterio fue aplicado en *N.F.S. v. Reino Unido*²¹, en el cual la autora era una mujer pakistaní víctima de violencia, abusos y amenazas graves por parte de su marido, a causa de lo cual debió huir de Pakistán al Reino Unido, en donde solicitó se le concediera asilo y posteriormente un permiso de estadía temporal por motivos humanitarios, los cuales le fueron denegados. En su decisión sobre la admisibilidad, el Comité señaló que “el Estado Parte sostiene que la autora nunca presentó una denuncia por discriminación sexual y, en consecuencia, ni las autoridades ni los tribunales nacionales han tenido todavía la oportunidad de decidir sobre una alegación de ese tipo [...]. Por lo tanto, y en vista de que el Estado Parte considera que una denuncia por discriminación sexual sería importante para que la tuviera en cuenta el Ministerio del Interior [...], el Comité piensa que la autora debería aprovechar ese recurso”²², razón por la cual declara la inadmisibilidad de la comunicación.

19 *Rahime Kayhan v. Turquía*, párr. 7.7.

20 INTERNATIONAL WOMEN'S RIGHTS ACTION WATCH (IWRAW) ASIA PACIFIC. The OP-CEDAW as a mechanism for implementing women's human rights: An analysis of the first five cases under the communications procedure of the OP-CEDAW. [En Línea] IWRAW Asia Pacific Occasional Paper Series No. 1, 2008 <http://www.iwraw-ap.org/aboutus/pdf/OPS12_Final_for_publication_April_28.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2010], pp. 40-41.

21 *N.F.S. v. Reino Unido*. Comunicación No. 10/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/38/D/10/2005.

22 *Ibid.*, párr. 7.3.

En *Zheng v. Países Bajos*²³, la autora era una mujer china solicitante de asilo, viviendo a la fecha de la comunicación en los Países Bajos, lugar al cual fue traficada en conjunto con varias otras personas con el propósito de prostituirlas. El Estado rechazó su solicitud de asilo y le negó el permiso de residencia. En su decisión sobre la admisibilidad, el Comité observó que la autora invocó el artículo 6 de la CEDAW, y que “no ha planteado las cuestiones incluidas en esta disposición ante las autoridades del Estado parte, que la autora admite que la trata de personas o mujeres puede constituir fundamento para obtener el permiso de residencia y que la autora no ha aprovechado esta posibilidad denunciando su caso a la policía. El Comité hace referencia a su jurisprudencia según la cual la autora debería haber planteado a nivel interno el fondo de la cuestión que desea someter al Comité para que las autoridades o tribunales nacionales tengan oportunidad de ocuparse de la cuestión”²⁴, remitiéndose a los casos *Kayhan* y *N.F.S.* En consecuencia, la comunicación fue declarada inadmisibile por no haberse agotado los recursos internos.

La segunda regla establece que no se requiere agotar procedimientos extraordinarios, inusuales o ineficaces.

El Comité ha sostenido que no se requiere que las autoras agoten procedimientos internos extraordinarios o inusuales, ni procedimientos constitucionales que tomarían años en resolverse definitivamente y en ningún caso proporcionarían un remedio real a la violación de derechos alegada.²⁵ Este criterio se ha aplicado para fundar la admisibilidad de los casos *Goekce v. Austria*²⁶ y *Yildirim v. Austria*²⁷.

23 *Zheng v. Países Bajos*. Comunicación No. 15/2007, U.N. Doc. CEDAW/C/42/D/15/2007.

24 *Ibid.*, párr. 7.3.

25 *BYRNES, A. y BATH, E.* Op. cit, p.533.

26 *Şahide Goekce v. Austria*. Comunicación No. 5/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005.

27 *Fatma Yildirim v. Austria*. Comunicación No. 6/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005.

En dichos casos, ambas víctimas habían sido asesinadas por sus respectivos cónyuges, tras vivir un periodo de agresiones graves y reiteradas y de haber sido amenazadas de muerte. En ambos casos, la policía había solicitado la detención de los agresores, tras las respectivas denuncias de las víctimas, sin embargo dichas solicitudes fueron denegadas por los fiscales encargados de cada caso. En relación a la admisibilidad, el Estado señaló en los dos casos, entre otros argumentos, que las comunicaciones eran inadmisibles por no haberse agotado todos los recursos internos, ya que las víctimas podrían haber presentado una denuncia ante el Tribunal Constitucional para impugnar la disposición legal que les impedía apelar las decisiones del fiscal de no dictar una orden de detención contra los agresores y que, suponiendo que pudieran demostrar un interés directo y actual en el efecto preventivo de la derogación de la disposición pertinente, sus herederos vivos aún podrían utilizar tal recurso. Al respecto, el Comité consideró que dicho procedimiento constitucional “no podía ser considerado un recurso que probablemente brindara un remedio efectivo a una mujer víctima de una amenaza peligrosa punible de muerte. El Comité tampoco consideró probable que ese recurso interno brindara un remedio efectivo en el caso de los descendientes de la difunta a la luz del carácter abstracto de dicho recurso constitucional”²⁸, y por lo tanto desestimó las alegaciones del Estado a este respecto, declarando la admisibilidad de ambas comunicaciones.

28 Şahide Goekce v. Austria, párr. 7.5. En el mismo sentido: Fatma Yildirim v. Austria, párr. 7.5.

Decisiones sobre el fondo de las comunicaciones: las obligaciones internacionales de los Estados respecto al tratamiento de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico.

El Comité declaró violaciones a los derechos reconocidos en la CEDAW en los casos *Goekce v. Austria*, *Yildirim v. Austria*, *A.T. v. Hungría* y *A.S. v. Hungría*. Los tres primeros casos corresponden a denuncias de violencia doméstica grave y reiterada en contra de las víctimas, mientras que en el último es un caso de esterilización sin el consentimiento de la víctima.

Por razones de espacio, en esta sección se abordan únicamente las decisiones respecto a los casos de violencia doméstica, considerando además que esta es la única materia en que existe un cierto desarrollo jurisprudencial.

En el examen del fondo de las comunicaciones sobre violencia doméstica, el Comité aplicó su Recomendación General N° 19²⁹, que desarrolla la inclusión de la violencia contra la mujer en la Convención a partir del concepto de discriminación:

“6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención.”

29 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N° 19: “La violencia contra la mujer”. 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1.

En particular, respecto a la responsabilidad de los Estados por los actos de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, la Recomendación establece que “la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre” y que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”. Este tipo de responsabilidad internacional, que se configura en base a una omisión o negligencia del Estado, cuenta con desarrollo previo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano y de Naciones Unidas. En el primero, a modo de ejemplo, la Corte Interamericana ha señalado que:

“[U]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”³⁰

Dentro de este marco, la interpretación de la Convención que ha hecho el Comité al examinar el fondo de las comunicaciones sobre violencia, ha ido estableciendo una serie de principios que definen el alcance y contenido de las obligaciones estatales en esta materia, las cuales comprenden la prevención de la violencia y protección de las víctimas, la formulación de leyes y políticas públicas para tales fines, el proveer acceso efectivo a los procedimientos legales o de otra índole establecidos para dar respuesta a la violencia y el actuar con la debida diligencia para proteger a las víctimas y atender a sus necesidades específicas. A continuación, se examina el desarrollo de estas obligaciones en la jurisprudencia del Comité.

En primer lugar, respecto a los estándares de debida diligencia en el tratamiento de la violencia doméstica, en *A.T. v. Hungría*,

30 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 172.

el primer caso en que examinó el fondo de una comunicación, el Comité declaró que las obligaciones estatales establecidas en los apartados a), b) y e) del artículo 2 de la Convención “se extienden a la prevención y la protección de la violencia contra la mujer”³¹. Debe considerarse que, en este caso, el Estado contaba con una estructura jurídica e institucional que no le permitía garantizar de forma coordinada, general y eficaz la protección y el apoyo que, según las normas internacionales, deben prestarse a las víctimas de violencia doméstica. En efecto, no existía legislación relativa a órdenes de protección o de prohibición de acercamiento ni procedimientos judiciales efectivos para la protección de las víctimas de violencia doméstica, lo cual fue admitido por el Estado. En consecuencia, esta declaración es relevante en cuanto sienta una base sólida para fundar futuros casos en los que, como en éste, el Estado no cuente con mecanismos para responder adecuadamente a las necesidades de prevención y protección de las mujeres agredidas.

Un marco de análisis distinto presentan los casos *Goekce v. Austria* y *Yildirim v. Austria*. Dado que Austria cuenta con un modelo amplio para hacer frente a la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, las denuncias en ambos casos se refieren a la violación por parte del Estado de los artículos 1, 2, 3, y 5 de la CEDAW, fundadas en que el Estado no adoptó de manera activa todas las medidas positivas necesarias y adecuadas para proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal de las víctimas³², puesto que aun existiendo una serie de recursos judiciales y medidas contempladas en la legislación para la protección de las mujeres víctimas de violencia, éstas no fueron capaces, en la práctica, de resguardar la seguridad de las víctimas ni de impedir finalmente sus muertes a manos de los agresores.

En relación a lo anterior, el Comité desarrolló el alcance de la obligación de debida diligencia que deben ejercer los Estados al

31 *A.T v. Hungría*, párr. 9.3.

32 *Şahide Goekce v. Austria*, párr. 3.1 y *Fatma Yildirim v. Austria*, párr. 3.1.

regular la violencia contra la mujer y otorgar protección a las víctimas. En el contexto de la Convención, la debida diligencia no sólo requiere que el Estado formule leyes y políticas, sino que también requiere que provea acceso a ellas³³, para lo cual es imprescindible “contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado Parte”³⁴. En los dos casos que se comentan, el Comité concluyó que el Estado había violado su obligación de proceder con la debida diligencia para proteger a ambas víctimas, puesto que las autoridades **sabían, o deberían haber sabido**, que las víctimas corrían un peligro grave. En el caso de Şahide Goekce, sostuvo que la policía era responsable de no haber actuado con la debida diligencia para protegerla, puesto que la Sra. Goekce llamó al servicio de llamadas de emergencia pocas horas antes de su muerte y no se envió, pese a ello, un auto patrullero al lugar del delito. En relación a Fatma Yildirim, el Comité consideró que el Fiscal no debería haber negado los pedidos de la policía de arrestar a al marido de la víctima, y que ello constituyó una violación de la obligación del Estado Parte de proceder con la debida diligencia para protegerla.

En consecuencia, se constató una negligencia de parte de los agentes estatales responsables de ejecutar las leyes y políticas de prevención y protección frente a la violencia doméstica, particularmente, la policía en el primer caso y el Fiscal a cargo en el segundo. Ambos contaban con suficientes antecedentes para entender que las víctimas se encontraban en una situación de riesgo grave, en virtud de lo cual podrían haber aplicado las medidas contempladas en la legislación para protegerlas, pero sin embargo optaron por desestimar sus peticiones, tras lo cual ambas víctimas fueron asesinadas. Dicha negligencia es atribuible al Estado y

33 INTERNATIONAL WOMEN'S RIGHTS ACTION WATCH (IWRAP) ASIA PACIFIC. The OP-CEDAW as a mechanism for implementing women's rights: An analysis of decisions 6-10 of the CEDAW Committee under the Communications procedure of the OP-CEDAW. [En línea] IWRAP Asia Pacific Occasional Paper Series N°13, 2009 <http://www.iwraw-ap.org/publications/doc/OPS13_Final.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2010], p. 16 (traducción propia).

34 Şahide Goekce v. Austria, párr.12.1.2.

resulta suficiente para comprometer su responsabilidad internacional. Al respecto, y en relación con los artículos 1 y 5 de la Convención, los autores de las comunicaciones argumentaron que ambos asesinatos constituyen “un ejemplo trágico de la falta de seriedad reinante con que se toman los casos de violencia contra la mujer, tanto por la población en general como por las autoridades austríacas. El sistema de justicia penal, especialmente los fiscales y los jueces, consideran la cuestión un problema social o doméstico, un delito menor o una infracción que ocurre en determinadas clases sociales. No aplican la legislación penal a ese tipo de violencia porque no se toman en serio el peligro que representa y consideran los miedos y las preocupaciones de las mujeres con falta de seriedad”³⁵.

En segundo lugar, el Comité se refirió también al tratamiento de los agresores en los casos de violencia doméstica y la problemática que ocasiona la tensión entre los derechos de éstos frente a los de las víctimas. En *Yildirim v. Austria*, el Estado argumentó, en relación a la decisión del fiscal de no detener al marido de la víctima, que estas decisiones deben ponderar el derecho del presunto autor a la libertad personal y a un juicio imparcial, que no puede aplicarse el arresto como medida preventiva en casos de violencia doméstica puesto que ello contradice el principio de presunción de inocencia y el derecho a una audiencia justa y que por ello, de haberse arrestado al marido de la víctima, se habrían violado éstos y otros de sus derechos básicos, dado que sobre la base de la información de que disponían el fiscal del caso y el juez de instrucción, una medida cautelar parecía ser suficiente para proteger a la víctima. Al respecto, el Comité señaló que “si bien el Estado Parte sostiene que, en ese momento, una orden de arresto parecía desproporcionadamente invasiva, el Comité opina, como se expresa en sus opiniones sobre otra comunicación relativa a violencia doméstica, que los derechos del autor del delito no pueden dejar sin efecto los derechos humanos a la vida y a la integridad fí-

35 Ibid., párr. 3.6, y en términos muy similares: *Fatma Yildirim v. Austria*, párr. 3.6.

sica y mental de la mujer”³⁶. La opinión anterior a la que se refiere el Comité es la del caso A.T. v. Hungría³⁷, respecto al cual el Comité declaró que “los derechos humanos de la mujer a la vida y a la integridad física y mental no pueden ser anulados por otros derechos, como el derecho a la propiedad y el derecho a la intimidad”.

Finalmente, el Comité no se pronunció respecto a la alegada infracción del artículo 5 de la Convención en los casos de violencia, pese a que reconoció que “existen vinculaciones entre la violencia doméstica y las actitudes tradicionales que consideran a la mujer como una persona subordinada al hombre”³⁸. Hubiese sido deseable una declaración expresa del Comité respecto a los prejuicios y estereotipos que inciden en la violencia contra la mujer, de manera de definir con mayor especificidad las obligaciones que competen al Estado respecto a los funcionarios públicos que ejecutan las leyes y políticas de respuesta a la violencia. No obstante, entre las recomendaciones del Comité a Austria se incluye la de fortalecer los programas de capacitación y formación sobre violencia doméstica para los jueces, abogados y oficiales encargados de hacer cumplir la ley, incluso en lo que respecta a la CEDAW, la recomendación general 19 del Comité y el Protocolo Facultativo.³⁹

Conclusiones

La jurisprudencia del Comité ha mostrado seguir de cerca las tendencias establecidas por los órganos de los sistemas Interamericano, Europeo y de Naciones Unidas, aunque en ciertos casos ha aplicado criterios bastante disímiles en sus decisiones, principalmente en las relativas a la admisibilidad *ratione temporis*, lo que ha ocasionado una cierta inconsistencia en su jurisprudencia en

36 Fatma Yildirim v. Austria, párr. 12.1.5.

37 A.T. v. Hungría, párr. 9.3.

38 Şahide Goekce v. Austria, párr. 12.2 y en términos muy similares: Fatma Yildirim v. Austria, párr. 12.2.

39 Şahide Goekce v. Austria, párr. 12.3.d) y Fatma Yildirim v. Austria, párr. 12.3.d).

este aspecto. Particularmente confusa resulta la ponderación que efectúa el Comité para establecer que determinados hechos, denunciados en las comunicaciones individuales, constituyen o no, violaciones continuas. Es de esperar que las futuras decisiones del Comité establezcan criterios certeros en este sentido, favoreciendo así la previsibilidad de las decisiones sobre la admisibilidad *ratione temporis*.

Por otro lado, es posible concluir que para dar cumplimiento al requisito de agotamiento de los recursos internos no basta con interponer todas las acciones jurisdiccionales disponibles a nivel nacional, sino que al mismo tiempo se deben plantear a nivel interno las alegaciones sustantivas que se pretenden ante el Comité. Es decir, los argumentos planteados en los recursos internos deben incluir aquellos relativos a las violaciones de derechos reconocidos en la CEDAW, puesto que el Comité considera que los Estados deben tener la oportunidad de tratar internamente las denuncias de discriminación por motivos de género, lo que resulta consistente con la experiencia de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Finalmente, en cuanto al examen del fondo de las comunicaciones, el mayor desarrollo jurisprudencial se ha desenvuelto en torno al tema de la violencia doméstica. Respecto a los estándares de debida diligencia en el tratamiento de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, puede concluirse que el cumplimiento de las obligaciones estatales en relación a la prevención de la violencia doméstica y la protección efectiva de las mujeres víctimas de ella, no se agota en la adopción de legislación específica ni en el hecho de que existan medidas de protección disponibles para las víctimas. Si las medidas que pone a disposición el Estado para enfrentar la violencia doméstica no resultan efectivas para la protección de mujeres como las víctimas de las comunicaciones examinadas, el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales en esta materia. Las medidas de protección, procedimientos judiciales, actuaciones policiales y cualquier otra medida que provea el Estado, no sólo deben existir en la legislación, sino que además las víctimas deben poder

acceder efectivamente a tales mecanismos y éstos deben ser capaces de proporcionar soluciones eficaces y oportunas para la protección de las mujeres afectadas. En este sentido puede entenderse que el deber de debida diligencia del Estado, en esta materia, se acerca bastante a una obligación de resultados, en el sentido que “los indicadores del progreso del Estado, a los ojos de la CEDAW, no dependen sólo de lo que el Estado hace, sino de lo que logra en términos de un cambio real para las mujeres”⁴⁰. En consecuencia, la adopción de legislación y políticas públicas para hacer frente a la violencia constituye sólo el primer paso en el cumplimiento de las obligaciones estatales en esta materia, un mínimo que por sí solo no supone el cumplimiento de los estándares de debida diligencia que emanan de la CEDAW.

40 INTERNATIONAL WOMEN'S RIGHTS ACTION WATCH (IWRAW) ASIA PACIFIC. The OP-CEDAW as a mechanism for implementing women's rights: An analysis of decisions 6-10 of the CEDAW Committee under the Communications procedure of the OP-CEDAW. Op. cit, p. 17, nota 21 (traducción propia).

Hoja final

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile es una institución académica de alcance regional vinculada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cuya misión es promover los derechos humanos vinculados al fortalecimiento de las democracias en América Latina mediante la: educación y capacitación de excelencia a actores relevantes provenientes del Estado y la sociedad civil; investigación enfocada en las necesidades de la realidad regional en materia de derechos humanos; articulación de redes de instituciones y personas que trabajan en derechos humanos a nivel regional y apoyo a iniciativas locales; y coordinación de actividades estratégicas a nivel regional.

Red Alas tiene como objetivos promover la reforma de la enseñanza del derecho en Latinoamérica para incorporar las perspectivas de género y sexualidades discriminadas en los contenidos y las metodologías de todas las áreas de la carrera; generar recursos bibliográficos y materiales de enseñanza que las incorporen; llevar a cabo investigaciones y actividades académicas sobre justicia, género, sexualidad y derechos reproductivos que den cuenta de la situación jurídica de las mujeres y las minorías sexuales de la región; asegurarles la asistencia jurídica gratuita en las facultades de derecho; y promover la reflexión y la articulación de estrategias para la protección de los derechos humanos en general, y los derechos reproductivos en particular, en el ámbito latinoamericano.

Bibliografía

- AINETTER, C., International Human Rights Law: The relevance of gender. En: BENEDEK, W.; KISAAKYE, E.; OBERLEITNER, G. (Eds.) Human rights of women. International instrument and African experiences. Graz, Austria, Zed Books in Association with World University Service, 2002, pp. 3-29.
- ALANDETE D. Obama ratifica una declaración de la ONU para despenalizar la homosexualidad [En línea] El País.com. 18 de marzo, 2009. <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Obama/ratifica/declaracion/ONU/despenalizar/homosexualidad/elpepusoc/20090318elpepusoc_11/Tes> [Consulta: 9 de mayo de 2009)
- ALATAS, Vivi, CAMERON, Lisa, CHAUDHURI, Ananish, ERKAL, Nisa, y GANGADHERAN, Lata. Gender and corruption: insights from an experimental analysis. Melbourne, The University of Melbourne, Research Paper N° 974, 2006.
- ALOISIO, Carlos y PÉREZ MUÑOZ, Cristián. Género y Corrupción: ¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Y es deseable que lo sean? Montevideo, Departamento de Filosofía, Universidad Católica del Uruguay, 2006.
- Andrews v. Ontario (Minister of Health) (1988), 49 D.L.R. (4th) 584 (Ont. H.C.J.).

- AUST A. The theory and practice of informal international instruments. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 35:787-812, 1986.
- BAXTER, R.R. International Law in “her infinitive variety”. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 29:549-566, 1980.
- BOYLE, A.E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 48(4):901-913, octubre 1999
- BUCHANAN, A. BROCK, D. W., DANIELS, N. y WIKLER, D. *Genética y Justicia*. Madrid, Cambridge University Press, 2002.
- CABRAL, Mario, Ciudadanía (trans)sexual, véase en: [http://www.cu-baalamano.net/voces/images/debates/ TransCuba/ documentos/ ciudadan%EDa%20\(trans\)%20sexual.pdf](http://www.cu-baalamano.net/voces/images/debates/ TransCuba/ documentos/ ciudadan%EDa%20(trans)%20sexual.pdf), [Consulta: 23 de octubre de 2010].
- CAMPS, Marina. *Identidad Sexual y Derecho. Estudio Interdisciplinario del Transexualismo*. Navarra, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007.
- CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS. Part I of the Constitution Act, 1982, Promulgada el 29 de marzo de 1982. [En línea] <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> (en inglés) [Consulta: 10 de junio de 2009]
- CARRILLO SALCEDO, J.A. *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid, Editorial Trotta, 1999, 153 p.
- CHEUNG, Adora y HERNÁNDEZ-JULIÁN, Rey. *Gender and corruption: A panel - data analysis*. Estados Unidos, University of Rochester y St. Lawrence University, 2006.
- CHINKIN, C. M. The challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 38:850-866, 1989.
- CORNELL, Drucilla. *At the Heart of Freedom*. Princeton, Princeton University Press, 1998,

- CORTE SUPREMA. CHILE. Sentencia de 31 de mayo de 2004. Recurso de Queja. [En línea] <http://www.programamujerescdh.cl/media/noticias/Fallo%20Corte_Suprema_caso_Atala.pdf> [Consulta: 3 de noviembre de 2010].
- COSSMAN, Brenda. Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Osgoode Hall Law Journal 40(3):223-250, 2002.
- COSSMAN, Brenda. Sexual Citizens. The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging. Stanford, Stanford University Press, 2007.
- DE BARBIERI, Teresita. Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género. [En línea]. Estudios de derechos humanos IV. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1995. <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/Certezas%20y%20malos%20entendidos%20sobre%20la%20categoria%20de%20genero.%20Por%20%20M.%20Teresita%20De%20Barbieri.pdf>> [Consulta: 25 de octubre de 2010].
- DE BARBIERI, Teresita. Sobre la categoría género. Una introducción teórico-metodológica. Revista Debates en Sociología (18):145-169, 1993.
- DOLLAR, David., FISMÁN, Raymond, y GATTI Roberta. Are women really the “fairer” sex? Corruption and women in government. The World Bank, Policy Research Report on Gender and Development, Working Paper Series No. 4, octubre de 1999.
- ECKEL, Catherine C. y GROSSMAN, Philip J. Are Women less selfish than men?: Evidence from dictator experiments. The Economic Journal (108)448:726-735, 1998.
- Egan v. Canada (1993), 103 D.L.R. (4th) 336 (F.C.A.), aff'd [1995] 2 S.C.R. 513.
- ENDSJO, D. Lesbian, gay, bisexual, and transgender rights and the religious relativism of Human Rights. Human Rights Review 6(2):102-110, 2005.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ¿Existe un daño al proyecto de vida? [En línea] <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>> [Consulta: 25 de mayo de 2009].

- FIGUEROA, Gonzalo. Derecho Civil de la Persona, del Genoma al Nacimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- GAUCHE, X. La intervención de la sociedad civil en el marco de las Naciones Unidas: un nuevo cauce para el logro del Desarrollo Humano. En: ALVEZ, A. y GAUCHE, X. (Eds.). Reflexiones sobre desarrollo humano: derechos, política y globalización. Colección del Programa de Estudios en Desarrollo Humano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 2008, pp. 139-171.
- Gender and Corruption, U4 Helpdesk Query. [En línea] Bergen, Noruega. <<http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/queries/query98.cfm>> [Consulta: 25 de octubre de 2010].
- GOETZ, Anne Marie. Gender and accountability: challenges for reform in developing States. Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton, U.K., 2006.
- GOETZ, Anne Marie. Political cleaners: how women are the new anti-corruption force. Does the evidence wash? Brighton, Institute of Development Studies, University of Sussex, 2003.
- GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- GTZ. Corruption and gender. Approaches and recommendations for TA. Focal Theme: Corruption and Trafficking in Women. Division 42, Sector Project: Development and Testing of Strategies and Instruments for the prevention of Corruption. Bonn, Alemania, 2004.
- Halpern v. Canada (Attorney General) [2003] O.J. No. 2268 (ONCA)
- JENNINGS, R.Y. An International Lawyer takes stock. International and Comparative Law Quarterly (ICLQ). 39(3):513-529, 1990.
- LAMAS, Marta. Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género. En: LAMAS, Marta (comp.) El Género: la construcción cultural de la diferencia sexual. [En línea] México, PUEG-UNAM, 1996. <<http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/USOSCATEGORIAGENERO-MARTA%20LAMAS.pdf>> [Consulta: 3 de noviembre de 2010].
- Layland v. Ontario (Minister of Consumer y Commercial Relations) (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Ct. Gen. Div.).

- M. v. H. (1996), 142 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), aff'd [1999] 2 S.C.R. 3.
- MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Segunda edición, Barcelona Editorial Crítica, 2004.
- MARTIN, P. *Flexibilidad y Tratados Internacionales*. Madrid, Editorial Tecnos, 2003, 250 p.
- MAZZUELOS BELLIDO, ANGELES. *Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* [En línea] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004) <<http://www.reei.org/reei8/articulos8.htm>> [Consulta: 22 de febrero de 2006]
- MC CRUDDEN, C., *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. *European Journal of International Law* 19(4):655-724, 2008.
- MINOW, Martha. *Identities*. *Yale Journal of Law & the Humanities*. 3(1):97-130, 1991.
- MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de derechos y garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1999.
- Mossop v. Canada (A.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 554.
- NASH, C. *La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?* En: MARTINIC, M. y TAPIA, M. (Drs.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, Tomo II, pp. 1151-1192.
- NEDESLKY, Jeniffer. *Law, Autonomy, and the Relational Self*. Prontamente en Oxford University Press, 2011.
- NICHOLSON, Linda [Ed.]. *The second wave. A reader in feminist theory*. New York, Routledge, 1997.
- NOGUEIRA, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: doctrina y jurisprudencia*. *Ius et praxis* (9)1:403-466, enero 2003.

- O'FLAHERTY, M. and FISHER, J. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. Human Rights Law Review 8(2):207-248, 2008.
- PALAVECINO, Claudio. La Intimidad del Trabajador y la Prohibición de Discriminación Laboral frente a los Análisis Genéticos. [En línea] Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 18, No. 2, 2005. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-09502005000200002&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 14 de junio de 2009].
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 12ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2008, 831 p.
- RAMOS, René, Derecho de Familia. Quinta edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. Derecho Internacional. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, 1382 p.
- RIQUELME, R. Derecho Internacional. Entre un orden global y fragmentado. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2005, 373 p.
- RIVAS, María Fernanda. An experiment on corruption and gender. Uruguay, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República, Documento de Trabajo N° 8, 2006.
- RYDER, Bruce. Straight Talk: Male Heterosexual Privilege. Queen's Law Journal 16(2):287-312, 1991,
- SHELTON, D., Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. (4):15-39, junio de 2008.
- SHIBLEY HIDE, Janet y DELAMATER, John. Sexualidad humana. 9ª Edición. Traducción de Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra, Editorial Mac. Graw Hill, 2006.
- SOUTHERLAND, Harold P. Love for sale – Sex and the Second American Revolution. Duke Journal of Gender Law and Policy 15(1):49, 49-125, 2008.

- SUNG, Hung – En. From Victims to Saviors? Women, Power and Corruption. Current History: A Journal of Contemporary World Affairs 105(689):139-143, 2006.
- SUNG, Hung-En. Gender and Corruption: in search of better evidence. En: TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Transparency International global corruption report 2005. Berlín, Transparencia Internacional, 2005, pp. 296-298.
- SWAMY, Anand., KNACK, Stephen., LEE, Young., y AZFAR, Omar. Gender and corruption. Journal of Development Economics 64(1):25-55, 2001.
- TORGLER, Benno, y VALEV, Neven T. Women and illegal activities: gender differences and women's willingness to comply over time. Suiza, Center for Research in Economics, Management and the Arts (CREMA), Working Paper No. 2006-15, 2006.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Barómetro Global de la Corrupción 2009. Berlín, Transparencia Internacional, 2009.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Pobreza y Corrupción: Documento de Trabajo #02/2008. Berlín, Transparencia Internacional, 2008.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Gender and Corruption: Understanding and Undoing the Linkages. Working Paper #03/2007, Berlín, Alemania, 2007.
- ULLOA, Daniel. Transexuales ganan en tribunales: inéditos fallos les permiten cambiar su nombre sin cirugía de reasignación sexual. [En línea] Opus Gay. <<http://www.opusgay.cl/1315/article-77285.html>> [Consulta: 15 de agosto de 2010].
- VELOSO, Paulina, ETCHEBERRY, Leonor, MUÑOZ, Andrea. El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de las normas de la Ley N°19.585. Segunda edición, Santiago, LOM Ediciones Ltda., 2000.
- Vriend v. Alberta (1996), 181 A.R. 16 (C.A.).
- WALZER, Michael. Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality. EE.UU., Basic Books, 1983. .

COLOFÓN

ESTE LIBRO HA SIDO POSIBLE POR

AUTORES Alejandro Madrazo, Lidia Casas, Sandra Dughman,
Gabriela Robledo, Adriana Palavecino **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**
Marca Design & Miguel Ángel **TIPOGRAFÍA** Karmina

MARCA DESIGN & MIGUEL ÁNGEL
Santiago de Chile 2012