

**Juan A. Cruz Parceró
y Rodolfo Vázquez
(Coordinadores)**

**DEBATES CONSTITUCIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**

Colección Género, Derecho, y Justicia

PRESENTACIÓN

En el año 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emprendió un programa de actividades para introducir la perspectiva de género en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo como una de las estrategias necesarias para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Entre los objetivos de dicho programa, se encuentra la reducción de los obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres y los grupos menos aventajados, el cuestionamiento de la supuesta neutralidad de las normas, y la visibilización de los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres.

En este marco, el Máximo Tribunal del país, a través de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación y la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció una alianza con la Editorial Fontamara para la realización de la serie “Género, Derecho y Justicia”.

Esta serie y los propósitos que la animan son ahora posibles gracias al decidido apoyo de la Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada actualmente por el Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, la Ministra Olga María Sánchez Cordero y el Ministro José Ramón Cossío Díaz. La Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quien formó parte de la misma en su composición original, igualmente contribuyó a la realización de este proyecto editorial.

Esta serie, que hoy se pone a disposición del público, pretende sistematizar algunos de los abordajes teóricos más relevantes sobre la construcción social y cultural del género y su estrecha relación con el acceso y la impartición de justi-

cia. Asimismo, desea articular las diversas críticas que los estudios de género han puesto sobre la mesa de la disciplina jurídica.

Partiendo del reconocimiento del pluralismo y la diversidad social en el marco de la igualdad democrática y tomando seriamente en consideración los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas décadas en México, resulta imprescindible abordar, desde el punto de vista teórico y práctico, los desafíos que la perspectiva de género y no discriminación presentan a los órganos de impartición de justicia y a la labor jurisdiccional.

Con el lanzamiento de la serie “Género, Derecho y Justicia”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma parte activa en los debates académicos en la materia, contribuye al intercambio constructivo de saberes y experiencias, y propicia, en última instancia, una mejoría en el acceso a la justicia.

La esperanza es que las discusiones plasmadas en esta serie abonen a la construcción de una sociedad más incluyente y justa, y a la transformación del quehacer jurisdiccional en el sentido de adoptar la defensa efectiva de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación.

MÓNICA MACCISE DUAYHE
RODOLFO VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

A partir de la década de los noventa, asistimos en América Latina, y México no es la excepción, a un reposicionamiento de la democracia constitucional. El consenso en torno al constitucionalismo democrático se operó tanto desde la izquierda como desde la derecha. Por el sector de la izquierda, como explica Javier Couso, la ola dictatorial de los años precedentes, traducida en términos de tortura, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos, llevó a este sector a valorar instituciones constitucionales como el *hábeas corpus* o el debido proceso. Asimismo, la caída de los socialismos reales planteó a la izquierda la necesidad de promover los derechos fundamentales, y aceptar atrincherarlos en las cartas constitucionales, como un elemento necesario de cualquier régimen político razonable. Por el sector de la derecha, el pragmatismo económico les condujo a la convicción de que “sin un Estado de derecho sólido que estableciera derechos de propiedad claros, un Poder Judicial independiente y una fuerza pública bien organizada, los países más atrasados no alcanzarán el desarrollo económico”.¹ Los sectores más conservadores comenzaron a valorar las contenciones propias incluidas en los diseños constitucionales. De esta manera, sea por la vía dogmática o por la vía orgánica, la democracia constitucional se presentaba como la única alternativa posible para alcanzar los consensos necesarios de gobernabilidad.

Esta ola constitucional, propia de las democracias representativas, comenzó a tomar cuerpo a partir de varios ejes de análisis y de demandas sociales: 1. la construcción de un modelo de Estado de derecho caracterizado por el reconocimiento y la efectividad del más amplio elenco de derechos humanos, que incluyera los dere-

¹ Javier Couso, “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2010, p.38.

chos civiles y políticos, así como los económicos, sociales, culturales y de tercera generación; 2. el atrincheramiento de los mismos en la norma suprema constitucional reforzada por los instrumentos propios del derecho internacional de los derechos humanos; 3. la organización y preparación de un cuerpo judicial progresista, independiente e imparcial, que garantizara la judicabilidad de los derechos, especialmente de los sociales, con deferencia –que no subordinación– hacia los órganos de representación popular; 4. la construcción de una democracia incluyente que abriera los canales adecuados para el reconocimiento de las minorías étnicas, los grupos vulnerables y los colectivos mayoritarios históricamente excluidos; 5. el empoderamiento de estos grupos a través de mecanismos procesales reconocidos legal y judicialmente, como el *hábeas corpus*, la tutela, el amparo y las acciones colectivas, y 6. todo lo anterior, con el fin de construir una sociedad más homogénea y plural a partir de la implementación de políticas públicas que hicieran valer el principio de igualdad para tutelar las diferencias y reducir las desigualdades económicas y materiales.

Existen razones para pensar que en América Latina este proyecto de democracia constitucional ha cumplido escasamente con las promesas anunciadas. Todo indica, como bien decía Eugenio Zaffaroni, que lejos de enfilarnos desde un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos, de nueva cuenta, hacia un Estado “decretal” de derecho.² Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad o, en términos de Guillermo O’Donnell, a un *un(rule) of law* en donde lo que priva es una “ciudadanía de baja intensidad”:

Quiero con esto decir que todos tienen, al menos en principio, los derechos políticos que corresponden a un régimen democrático, pero a muchos les son negados derechos sociales básicos, como lo sugiere la extensión de la pobreza y la desigualdad [...] A estas personas se les niegan también básicos derechos civiles: no gozan de protección ante la violencia provincial ni ante diversas formas de violencia privada, se les niega el fácil y respetuoso acceso a las instituciones del Estado y a los tribunales; sus domicilios pueden ser allanados arbitrariamente y, en general, son forzados a llevar una vida que no sólo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia [...] Estas personas, a las que llamaré el sector popular, no son sólo materialmente pobres, son también legalmente pobres.³

² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 120.

³ Guillermo O’Donnell, “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos”, en Guillermo O’Donnell, Osvaldo Iazzetta y Jorge Vargas Cullell (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 91.

El sociólogo chileno Jorge Larraín ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el “síndrome de desesperanza aprendida”.⁴ No se trata sólo de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Tal parece que un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el justilósofo brasileño Oscar Vilhena ha caracterizado con los términos de “invisibilidad de los extremadamente pobres”, “demonización de los que cuestionan el sistema” e “inmunidad de los privilegiados”, o de los detentadores fácticos del poder.⁵ Trilogía que se corresponde con otra, no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes. Por ello, tiene razón Ernesto Garzón Valdés cuando critica a un buen número de estudiosos latinoamericanos por vivir bajo el “velo de la ilusión” y disimular nuestros fracasos bajo eufemismos como el que encierra la expresión “transición a la democracia”, que sólo justifica el “retraso” o el “apartamiento de la meta proclamada”; o bien, vivir bajo la ilusión de un “Estado de derecho” cuando existe una distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas:

Hablar de la vigencia del *rule of law* es, en la mayoría de los países de América Latina, desfigurar la realidad jurídica y despistar a quien quiera interesarse por las normas que rigen el comportamiento de gobernantes y gobernados en amplios campos de la vida social. A quien tenga predilección por las citas literarias, me permito recordarle la siguiente frase de un personaje de Alejo Carpentier “como decimos allá, ‘la teoría siempre se jode en la práctica’ y ‘jefe con cojones no se guía por papelitos’”.⁶

Es en este contexto de altos vuelos ideales –aunque no utópicos– y de promesas incumplidas, que los coordinadores de este volumen titulado *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres* hemos querido enmarcar las contribuciones de destacados especialistas en la materia. Qué duda cabe que la lucha por los derechos de las mujeres en nuestra región ha superado obstáculos impensables hace no más de treinta años, pero sería de una terrible ingenuidad e irresponsabilidad pensar que nos encaminamos hacia la construcción, o peor, que ya estamos instalados en el espacio de un Estado constitucional de derecho en el

⁴ Jorge Larraín, *Identidad chilena*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2001, p. 90, citado por Ernesto Garzón Valdés, “Las élites latinoamericanas”, en Ernesto Garzón Valdés, Javier Muguerza y Tony R. Murphy (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009.

⁵ Véase Oscar Vilhena, “La desigualdad y la subversión del Estado de derecho”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, Año 4, 2007, pp. 29 y ss.

⁶ E. Garzón Valdés, “Las élites latinoamericanas”, en *op. cit.*, pp. 205-243.

que las diferencias y las desigualdades estén en vías de superación. Los rezagos son muchos y la amenaza de una involución siempre está latente.

Luigi Ferrajoli se hace cargo de las críticas feministas a la igualdad poniendo énfasis en que ellas no se dirigen al *valor* de la igualdad, sino al *concepto* de “igualdad jurídica” tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Ferrajoli acepta que debe intentarse una “refundación” y una “redefinición” del principio de igualdad y del universalismo de los derechos que no hagan abstracción de la diferencia sexual. Es el punto de vista de las mujeres:

el que se ha impuesto en el plano cultural, aun antes que en el plano jurídico, y el que ha producido, poniendo en duda y cuestionando el valor y el significado de la igualdad, la que quizás ha sido la más relevante revolución social de los últimos decenios. Obviamente, aún repensado y reformado en función de la valorización de la diferencia de género, ningún mecanismo jurídico logrará, solamente él, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos. [...] El verdadero problema, el que requiere intervenciones precisas e imaginación jurídica, es la elaboración de un garantismo de las diferencias de género que sirva de hecho para la realización de la igualdad en su sentido más amplio posible.

Con tal fin, Ferrajoli analiza cuatro modelos de configuración posible de las diferencias: 1. indiferencia jurídica de las diferencias; 2. diferencia jurídica de las diferencias; 3. homologación jurídica de las diferencias; e 4. igual valoración jurídica de las diferencias. Este último modelo, que defiende Ferrajoli, se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo “en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”. A diferencia del primero, este cuarto modelo garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte, sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de autonomía en las relaciones con los demás.

A manera de ejemplo, si algún derecho a la diferencia debe traducirse en un derecho desigual es el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo. Este derecho, afirma Ferrajoli, “le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiéndola al control penal”.

El ensayo de *Miguel Carbonell* parte del reconocimiento de la complejidad del concepto de igualdad, pero al mismo tiempo, de los esfuerzos contemporáneos para idear las muchas maneras de protegerla, especialmente a nivel constitucional. Después de un repaso del marco jurídico nacional e internacional en materia de no discriminación y de igualdad entre mujeres y hombres, analiza con detenimiento la norma de origen nacional más importante en la materia, la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación, para concluir con algunas perspectivas del tema en México.

Las conclusiones de Carbonell, en términos propositivos, son variadas y de largo aliento: robustecer el marco jurídico del derecho a no ser discriminado a través de la expedición de leyes locales en la materia; una reforma a la misma Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, especialmente en los preceptos dedicados a los procedimientos que lleva a cabo el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación; revisar el apartado de sanciones estableciendo mecanismos que incrementen el grado de coerción de las mismas, por ejemplo, sanciones económicas para los particulares que discriminen; y apoyar normativamente el fortalecimiento de la cultura de la no discriminación en México que, finalmente, es la lucha “por la dignidad humana y la racionalización de la convivencia”.

En la nota 12 al pie, de su ensayo, *Francisca Pou* afirma sin ambigüedades que: “Hablar de desigualdad de género y de hegemonía o dominación patriarcal en México me parece algo parecido a referir lo que los juristas llaman un ‘hecho notorio’”. El índice de diferenciales por género que anualmente da a conocer el Foro Económico Mundial, sitúa en el 2009 a México en el lugar 99 de un total de 134. Todos los países de América Latina a excepción de Guatemala, están por encima de México, que está mejor solamente que 35 países, la mayoría situados en las grandes áreas de influencia de la religión musulmana. Para Pou, al mismo tiempo que se perciben en México algunos signos de buena voluntad reflejados en la aprobación o modificación de la normatividad vigente, se mantienen una serie de “factores y dinámicas que garantizan ampliamente su ineffectividad y dejan el *statu quo* fundamentalmente intocado”. ¿Qué papel ha jugado la Suprema Corte en materias sensibles desde una perspectiva de género? ¿Hay signos de cambio en su jurisprudencia?

La autora se propone, por una parte, identificar, sintetizar y comentar algunas sentencias de la Corte, Primera Sala, en un área clásica de los análisis de género: “la regulación de las estructuras familiares y de los derechos y obligaciones de las personas de distinto sexo al interior de ellas” –sentencias relacionadas con las uniones de hecho, divorcio, determinación de la paternidad, y patria potestad y custodia–; por otra parte: “destacar varios rasgos transversalmente presentes en la jurisprudencia examinada”, como son el formalismo intensivo como mecanismo de invisibilización, el minimalismo en los pronunciamientos, la coexistencia de lengua-

jes y predominio de lo antiguo, y la división, imprevisibilidad y cambio en las posiciones de los ministros. El balance de estos análisis no resulta nada alentador: “Lo que la jurisprudencia examinada parece mostrar es que el tipo de preocupación asociada a la perspectiva de género, con independencia de cuáles creamos que son sus implicaciones exactas en un caso concreto, no es el elemento determinante de la mirada de la Sala en cuestiones familiares”. Con todo, hay motivos para un “relativo optimismo” –presencia de lenguajes y aproximaciones sustantivas que contrastan con las tradicionales, la detección de algunos cambios de criterio y una apertura de los ministros a la argumentación– pero sería un error “sobredimensionar lo que supondría una mejora a nivel jurisprudencial”.

El ensayo de *Alejandro Madrazo* explora “las implicaciones teóricas y normativas de entender el género como una forma de expresión”, que debe distinguirse del derecho a decidir. Este último se ha vinculado a otros derechos consagrados a nivel constitucional, como el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, los derechos laborales y el derecho a la salud. De lo que se trata, más bien, es de entender al género mismo y su visibilidad como una forma de expresión o, en otros términos, de la “exigibilidad de la libertad de expresión a través del género”.

Tal enfoque genera distintas consecuencias respecto a los tipos de obligación que corresponden al Estado, en términos de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos. Así, por lo que hace a la obligación de respetar o no censurar, Madrazo ejemplifica con el uso del velo por las jóvenes musulmanas: “La legislación vigente en Francia estaría incumpliendo con la obligación de *respetar* la expresión de género de las jóvenes musulmanas, estaría censurando y directamente *suprimiendo* esa expresión por medio de la fuerza coercitiva del Estado”. De igual manera, en lo que a garantizar se refiere, un buen ejemplo es la legislación que autoriza los matrimonios entre homosexuales: “No siendo un bien naturalmente escaso, el matrimonio es un vehículo de expresión que *puede* otorgársele a todo aquel que quiera expresar lo que entiende de sí y de su debido papel de género. [...] Será el Estado quien cargue con la obligación de justificar el restringir artificialmente un medio de expresión simbólico tan poderoso a un grupo sólo con base en su orientación sexual”.

Pedro Morales Aché aborda una problemática central en las vinculaciones entre la teoría del género y el derecho: el análisis de la regulación jurídica sobre la sexualidad y la reproducción. Contra el lugar común que sostiene que es posible tratar conjuntamente las regulaciones sobre el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, Morales Aché advierte que, por los mismos adelantos científicos y por la misma elección de ejercitar la sexualidad impidiendo de manera absoluta la reproducción, es necesario disociarlas conceptualmente y tratarlas jurídicamente por separado.

Ha correspondido al pensamiento feminista “identificar, denunciar y criticar el carácter androcéntrico del derecho, y el hecho de que históricamente ha existido una tendencia a sobrerregular normativamente el cuerpo de las mujeres a diferencia de lo acontecido con el cuerpo de los hombres”. Con todo, en el interior mismo de las corrientes feministas existen diferencias sobre el significado que las técnicas de reproducción asistida tienen para garantizar la autonomía reproductiva: tales técnicas pueden contribuir a una instrumentalización o a una liberalización de las mujeres, disenso que se advierte también en relación con la prohibición de la maternidad subrogada. En cualquier caso, para nuestro autor, el Estado debe asumir claramente sus obligaciones, no sólo negativas, sino también positivas por cuanto hace a la generación de condiciones y la prestación de servicios, en un marco de libertad y autonomía de las personas, y que no se tenga: “la pretensión de impedir o prohibir la ‘reproducción’ o la ‘no reproducción’, sino de respetar las decisiones de las personas concretas”.

El trabajo de *Francesca Puigpelat* analiza, más específicamente, los derechos reproductivos, por lo que hace a la interrupción voluntaria del embarazo y la maternidad subrogada. Respecto a la primera, Puigpelat sitúa la problemática mostrando en cifras (2008) la disparidad valorativa que se refleja en la sociedad, desde las legislaciones más restrictivas (68 países con 25.7% de la población mundial) hasta las menos restrictivas (56 países, con 39.3% de la población mundial). Varios son los argumentos que se han presentado para fundamentar el aborto voluntario: el derecho al propio cuerpo, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la autonomía procreativa. Después de una revisión crítica de los debates filosóficos –Thomson, Singer, Ruiz Miguel, Dworkin, MacKinnon, Gilligan– la autora se inclina por el tercer argumento: “Las sociedades democráticas actuales se autorrepresentan como un conjunto de individuos libres, iguales y solidarios. La libertad implica no sólo la facultad de actuar sin constricciones externas, sino también la posibilidad de autolegislar”. Asimismo, si bien el plazo de tres meses (o 14 semanas) parece un plazo razonable para decidir sobre la maternidad, “el plazo debería extenderse a todo el tiempo durante el cual el feto no sea considerado viable...”

Por lo que hace a la maternidad subrogada, Puigpelat muestra las diversas posiciones teóricas dentro del feminismo, a favor (Shalev) y en contra (Pateman). Para la primera, se refuta la cultura patriarcal permitiendo a la madre subrogada engendrar “fuera del vínculo conyugal. Rompe la conexión entre maternidad biológica y maternidad social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado”; para la segunda, el contrato de sustitución: “no es más que una nueva forma de contrato sexual, una nueva forma de acceso y uso de las mujeres por parte de los hombres”. Para la autora, asumiendo la complejidad del problema y la necesidad de una adecuada re-

gulación legal, la maternidad subrogada debe entenderse “como una forma de colaboración entre dos mujeres que se relacionan entre sí como personas concretas para llevar a cabo un proyecto parental”.

En el contexto de las más recientes decisiones legislativas y judiciales con relación al derecho de las mujeres para interrumpir el embarazo –incluido México– *Adriana Ortega* reflexiona en su ensayo: “sobre la importancia de insistir en el derecho a la autonomía de la mujer para sustentar la permisión legal de la interrupción del embarazo, sin soslayar o restar pertinencia a los argumentos basados en otros derechos, y en la relevancia de la ponderación para resolver el dilema jurídico que la interrupción del embarazo supone”.

La autora asume un enfoque liberal respecto al concepto de autonomía personal, entendiéndola como una especie de “inmunidad frente a las interferencias externas”. Con base en un fallo de la Corte Constitucional colombiana, paradigmático en Latinoamérica, Ortega enfatiza un par de componentes definitorios del concepto de autonomía: 1. decisiones que sólo competen a la persona respecto de sí misma, y 2. tales decisiones deben estar libres de interferencias estatales, pero también de otras interferencias “auspiciadas o legitimadas indebidamente por el orden jurídico”. Ambos componentes le permiten tomar cierta distancia crítica de los argumentos sobre el cuerpo como propiedad o el de la privacidad. Sin embargo, la relevancia del principio de autonomía ha entrado en colisión con la vida misma del embrión, sea entendida ésta como un derecho que el Estado debe proteger o como un “bien jurídicamente tutelado”. En cualquier caso, se ha asumido una perspectiva “adversarial”, que supone la necesidad de ponderación entre los derechos o intereses en colisión. Este enfoque ha permitido, entre otras cosas, justificar resoluciones favorables sobre la legalidad del aborto, basadas en esquemas “gradualistas”: “que reconocen la realidad biológica del embarazo, el carácter del sujeto autónomo de la mujer y la autonomía que, de completarse el proceso, desarrollará el embrión o feto”.

“El ámbito del Poder Judicial, afirma *Paola Bergallo*, es uno de los espacios en que los proyectos de una justicia desde y para el género permanecen aún irrealizables”. Por lo mismo, resulta necesario, por una parte, evidenciar “las dinámicas de marginación para fundar un proyecto de justicia de género en el Poder Judicial”, y por la otra, “ofrecer algunos ejemplos de iniciativas posibles para incrementar ese proyecto”. Bergallo estructura su ensayo a partir de dos ejes que interactúan normativamente: la obligación de una mayor inclusión de las mujeres en la magistratura, y el deber de proveer servicios equitativos respecto al género para quienes utilizan el sistema; en otros términos, la interacción de los principios de igualdad y representación democrática. Sobre esta última, advierte la autora:

no porque las mujeres necesariamente aporten valores o atributos diferentes a los de los hombres o porque tengan mayor capacidad de representar los intereses o las opiniones de las mujeres, sino porque las mujeres son parte de un grupo que se diferencia en la experiencia de ciertas formas particulares de la exclusión social. Como parte de ese grupo excluido, las mujeres pueden aportar una perspectiva que enriquecerá la práctica de impartir justicia.

A partir de de un análisis empírico de los factores de la desigualdad, y de los principios de igualdad y representación democrática, que muestran una vez más “el incumplimiento de las promesas liberales de igualdad, neutralidad, imparcialidad y universalidad para las mujeres, como juezas, empleadas o usuarias del sistema de justicia”, la autora ofrece argumentos suficientes para justificar la implementación de mecanismos reparadores. Entre éstos, la movilización y organización de las mujeres del derecho; información y ejercicios de introspección sobre el género en el sistema de justicia; programas de acción afirmativa en la magistratura, que incluyen criterios de diversidad y preferencia, cuotas, compromisos políticos y valoración especial de antecedentes y conocimientos. El objetivo de tales propuestas es que “las mujeres desde sus diversas experiencias puedan influir en la administración de justicia, y las cuestiones de género puedan hacerse visibles en una de las estructuras sociales que ha reforzado históricamente las dinámicas de privilegio y opresión”.

Para el caso de México, *Isabel Zapata* analiza las bases teóricas e históricas de las cuotas de género y el “impacto que éstas han tenido en la cantidad de mujeres electas como legisladoras, tanto en el Congreso Federal como en los congresos locales”. Respecto al punto de vista teórico, Zapata argumenta desde los fundamentos de la democracia y los conceptos de representatividad e igualdad, haciendo un repaso puntual de algunas críticas de las corrientes feministas (Young, Okin) y del comunitarismo pluralista (Walzer), a la democracia liberal, especialmente, en la propuesta de Rawls.

“Las cuotas, afirma Zapata, son el mecanismo de acción afirmativa más aplicado alrededor del mundo...” A partir del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2002), en el sentido de que las cuotas no transgreden el principio de igualdad en materia electoral, y de un repaso estadístico e histórico en México, la autora observa una tendencia al incremento del porcentaje de las mujeres en la Cámara de Diputados federal, de manera lenta, pero sostenida. Asimismo, en la mayoría de los estados, las legislaturas locales han establecido un porcentaje máximo de 70% de legisladores de un mismo género. Esta medida debe acompañarse de otras variables que apuntalen las cuotas de género y sus efectos positivos para una representación plural. Así, por ejemplo, la participación política femenina está “altamente relacionada con la educación y calidad de vida (medida en esperanza de vida),

así como con el PIB per cápita”; y también, con los *candados* con los que se asegura el buen funcionamiento de la cuota: que el porcentaje de la cuota aplique en propietarios y no en suplentes, que las mujeres nominadas no estén en los últimos lugares de las listas de representación proporcional o el que se especifiquen sanciones por incumplimiento.

Finalmente, *Martín Böhmer* analiza la práctica del derecho de interés público (DIP) y las acciones colectivas como mecanismos idóneos en la lucha por la reivindicación de los derechos de las mujeres. Las democracias latinoamericanas se han caracterizado por dejar fuera de la deliberación y de los beneficios de las políticas públicas a colectivos mayoritarios, como el de las mujeres, aislándolas y discriminándolas. Estas “brutales fallas” justifican “la intervención judicial en el ámbito de las violaciones a los derechos y la explicación de la cercanía de la práctica del DIP con esta lucha”. A partir de la década de los noventa, los Estados latinoamericanos comenzaron a legitimar colectivamente a actores con la idea de que representen intereses y derechos colectivos en instancias de deliberación pública. De acuerdo con Böhmer, la forma de colectivizar a actores depende necesariamente de la regulación de la legitimación activa, es decir, de la capacidad que el derecho le otorga al demandante para convertir su caso en un caso de impacto colectivo, y así, una mujer puede demandar individualmente y conseguir una decisión de impacto colectivo en la medida en que su caso sea visto como un caso testigo y la afectación tenga una virtualidad *erga omnes*.

Las bondades del DIP, concluye el autor, se vinculan a logros como el de la creación de un actor social que incrementa el poder jurídico; favorece la visibilidad mediática que contribuye al objetivo básico de denunciar una injusticia; permite focalizar la lucha cuando las violaciones a los derechos son tan extendidas y han sido naturalizadas por muchos años, y contribuye a remediar las fallas de la democracia mayoritaria incrementando la representatividad de los actores en el proceso deliberativo.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DIFERENCIA DE GÉNERO*

Luigi Ferrajoli

I. Igualdad, diferencias y desigualdades

Una reflexión teórica acerca del principio de igualdad y su relación con la diferencia de género no puede no implicar un análisis del concepto de igualdad, en su relación –de implicación o de oposición–, de un lado, con los conceptos de “diferencia” y de “identidad” personal y, del otro, con el concepto de “desigualdad”.

La igualdad –ésta es la hipótesis que deseo ilustrar– es un principio complejo, estipulado para tutelar las diferencias y para oponerse a las desigualdades. Respecto al principio de igualdad, diferencias y desigualdades son, en efecto, conceptos no sólo diferentes sino que hasta opuestos. Las *diferencias* –en primer lugar la diferencia sexual, pero también las diferencias de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas o de otro tipo– consisten en la diversidad de nuestras identidades personales. Las *desigualdades*, al contrario, consisten en la diversidad de nuestras condiciones económicas y materiales. En ambos casos nos enfrentamos con hechos. De ello depende su carácter asimétrico respecto a la igualdad: tanto las diferencias como las desigualdades son hechos, mientras que el principio de igualdad es una norma. Es una norma, precisamente, que tiene el fin de proteger y valorizar las diferencias y de eliminar o cuando menos reducir las desigualdades.

En primer lugar, entonces, el principio de igualdad es un principio normativo que requiere la protección de las diferencias, comenzando por la diferencia de género. Precisamente porque, de hecho, somos diferentes por sexo, nacionalidad, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales, como dice el

* Trad. del italiano por Adrián Rentería Díaz.

artículo 3, 1er inciso, de la Constitución italiana, precisamente porque la identidad de cada uno de nosotros es diferente de la identidad de cualquier otra persona, se establece y es necesario establecer, para los fines de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática del sistema político, el principio de igualdad de nuestras diferencias; es decir, el principio de que todos somos iguales –en el sentido de que tenemos igual valor y dignidad–, más allá, y precisamente en razón de nuestras diferencias, es decir, de nuestras identidades personales, que no está permitido discriminar ni de hecho ni mucho menos de derecho. Por este motivo he definido en muchas ocasiones el principio de igualdad como el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás.¹

En segundo lugar, el principio de igualdad es una norma la cual requiere que se reduzcan las desigualdades. Precisamente porque, de hecho, somos desiguales –desiguales respecto a las condiciones económicas y oportunidades sociales–, se establece, nuevamente para los fines de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática, el principio de igualdad de los mínimos vitales: es decir la prescripción de que se eliminen o cuando menos se reduzcan los obstáculos de tipo económico y social que, como dice el 2º inciso del ya mencionado artículo 3 de la Constitución italiana, de hecho limitan la igualdad y el completo desarrollo de las personas. Diremos entonces que, además que en el igual valor asociado a las diferencias, la igualdad consiste también en el desvalor asociado a todas las desigualdades materiales y sociales en razón de las cuales el igual valor de las diferencias y la igual dignidad de las personas están, de hecho, limitados o peor, negados.

El principio de igualdad, en razón de esta redefinición, coincide por ello con el principio de la *dignidad de las personas* y con el carácter universal de los derechos fundamentales que a ellas se les atribuyen. Las diferencias, nos dice nuestra redefinición, deben tutelarse y valorizarse porque coinciden con el valor y la identidad de las personas, de modo que el igual valor asociado a las diferencias no es otra

¹ Acerca de la igualdad véase las tesis que he sostenido en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penal*, Roma-Bari, Laterza, (1989), IX ed. 2008, § 60, pp. 947-954 (hay trad. cast. de P. Andrés Ibáñez et al., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, 9ª ed., 2009); “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su ‘Diritto e ragione’”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turin, Giappichelli, 1993, pp. 505-512; “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, en *Democrazia e diritto*, 1993, 2, *Diritto sessuato?*, pp. 49-73; “Il significato del principio di uguaglianza”, en *ibid.*, 1994, 2-3, pp. 475-488; “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 263-292; “Diritti fondamentali”, en *Teoria politica*, 1998, 2, pp. 3-33, ahora en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001 (3a. ed. 2008), pp. 309-318. Hay trad. cast. “Derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, 4ª. ed. 2009; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza 2007, §§ 11.12.- 11.14, pp. 785-801.

cosa, según las palabras del ya mencionado artículo 3, 1^{er} inciso, que su “igual dignidad social”. Las desigualdades, al contrario, agrega nuestra redefinición, deben ser eliminadas o reducidas, porque, según las palabras del 2^o inciso del mismo artículo, constituyen uno de los “obstáculos” para “el pleno desarrollo de la persona humana” y por tanto para la tutela de la dignidad de la persona. El primer significado del principio de igualdad es el que habitualmente se denomina *igualdad formal*, que se garantiza mediante la atribución a todos de los *derechos de libertad*. El segundo significado viene habitualmente llamado *igualdad sustancial*, que se garantiza a todos por medio de los *derechos sociales*. De ello resulta un modelo normativo integrado de igualdad, formal y sustancial, fundado sobre la “igual dignidad” de las diferencias y al mismo tiempo sobre la eliminación de las discriminaciones y de las desigualdades.

No existe luego, según mi opinión, ninguna oposición entre igualdad y diferencia, como, por el contrario, suponen algunas concepciones actuales, como la crítica de la igualdad en nombre del valor de la diferencia de género formulada en estos años por el pensamiento feminista de la diferencia. Igualdad y diferencia, garantía de la primera y valorización de la segunda, no sólo no se contradicen, sino que, al contrario, se implican entre ellas. Agrego que ésta es una tesis de carácter general, que va más allá de la relación entre igualdad y diferencia sexual, y vale para todas las diferencias de identidad. Vale, en particular, para las diferencias culturales. No existe, en efecto, oposición, pero sí implicación, entre la igualdad en los derechos y la pluralidad de las diferentes culturas: el universalismo de los derechos, en el que se basa la igualdad, no solamente no se opone al multiculturalismo sino que constituye su principal garantía. No hay que olvidar que el primer derecho de libertad que se afirmó históricamente fue la libertad religiosa y de conciencia, que no es otra cosa que el derecho al respeto de todas las diferentes identidades religiosas y culturales. La contradicción existe sólo entre igualdad y desigualdades. La igualdad es, en suma, un principio complejo, que impone la tutela de las diferencias y la reducción de las desigualdades. Y esta doble valencia que posee está asegurada por su nexo lógico con el universalismo de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad como protección del igual valor de las diferencias; de los derechos sociales contra las desigualdades materiales y sociales.

De lo anterior deriva otro nexo, no menos importante: el nexo, a través del carácter universal de los derechos fundamentales, entre igualdad, *soberanía popular* y *democracia*. La igualdad, es decir, el universalismo de los derechos atribuidos a todos, es ante todo, por decirlo así, *constitutiva* de la unidad política de quienes se dice que son iguales: y, por ello, de la unidad y de la identidad de un pueblo en el único sentido en el que de esa unidad se puede hablar y en el que esa identidad merece ser perseguida en un ordenamiento democrático. En efecto, es en la igualdad, es decir, en la igual titularidad de todos y para todos de aquellos derechos uni-

versales que son los derechos fundamentales –por un lado, en la igualdad formal de todas las identidades personales asegurada por los derechos individuales de libertad y, por el otro, en la reducción de las desigualdades sustanciales asegurada por los derechos sociales–, donde tiene su fundamento la percepción de los demás como iguales en cuanto titulares de los mismos derechos, y también el sentido de pertenencia a una misma comunidad política que hace de ésta un pueblo. Es ésta una idea antigua. Recuérdense la bella definición ciceroniana de pueblo: el pueblo, escribe Cicerón, no es un conjunto cualquiera, sino solamente aquella comunidad que se basa en el consenso y sobre la utilidad común:² precisamente, en la *civitas, quae est constitutio populū*³ y en la *par condicio civium*, es decir en la igualdad que proviene de los *iura paria*, es decir de aquellos derechos iguales que son los derechos fundamentales mediante los cuales todos están acomodados.⁴

Pero entonces, si éste es el significado de ‘pueblo’, de este modo se esclarece también el significado del principio según el cual “la soberanía pertenece al pueblo”, formulado en casi todas las constituciones democráticas. Este principio, en tanto que es compatible con el Estado de derecho, que no admite poderes absolutos, significa dos cosas. Significa, en primer lugar, una garantía negativa: la garantía de que la soberanía pertenece *sólo* al pueblo, es decir, al pueblo y a ningún otro, de modo que nadie –asamblea representativa, mayoría parlamentaria o presidente electo– puede apoderarse de ella y usurparla. En segundo lugar, y consecuentemente, significa que, no siendo el pueblo un macrosujeto, sino el conjunto de los ciudadanos en carne y hueso, la soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– de los que todos somos titulares, y que equivalen a otros tantos poderes y contrapoderes, a otros tantos *fragmentos de soberanía*, a otras tantas *dimensiones* o normas de reconocimiento de la democracia constitucional: la democracia política, generada por los derechos políticos; la democracia civil, determinada por los derechos civiles de autonomía negocial; la democracia liberal o liberal-demo-

² “Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis, communitate sociatus” (Cicerone, *De re publica*, en *Collezione romana* por Ettore Romagnoli (dir.), Roma, Istituto Editoriale italiano, 1928, Lib. I, XXV, p. 68).

³ “Omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis qualem exposui, omnis *civitas*, quae est *constitutio populū*, omnis res publica, quae ut dixi populū res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit. It autem consilium primum semper ad eam causam referendum est quae *causa* genuit civitatem” (*ibid.*, lib. I, XXVI, pp. 70-72).

⁴ “Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, *iura certe paria* debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civica nisi iuris societas civium? Quid est enim civica nisi iuris societas civium?” (*ibid.*, lib. I, XXXII, p. 80).

cracia, basada en los derechos de libertad; la democracia social o social-democracia, basada en los derechos sociales.⁵

II. Cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias

Este nexo de recíproca implicación entre igualdad y (valorización de las) diferencias, no es aceptado por todos. No es comprendido, y es criticado, por una parte relevante del pensamiento feminista: precisamente por la corriente que en Italia y en Francia se llamó el “pensamiento de la diferencia”, y que, por el contrario, sostiene que existe una oposición entre igualdad y diferencia sexual.⁶ Estoy convencido de que esta crítica se debe a la ambigüedad semántica del término “igualdad”, y que se refiere, más que al valor civil y político de la igualdad, al concepto de “igualdad jurídica” que nos ha sido heredado por una larga tradición filosófico-política. De aquí nace la oportunidad de un ulterior análisis de los términos en cuestión.

Podemos distinguir, en mi opinión, cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, con base en éstos, de la igualdad, de las discriminaciones y de las desigualdades, entendiéndolo con “diferencias”, como he dicho, todos los diferentes connotados que concurren a formar la identidad de las personas: no sólo, entonces, la diferencia de sexo, que de cierto es una diferencia paradigmática, sino también las diferencias de religión, de cultura, de etnia, de idioma o de opiniones políticas, las cuales, por otra parte, pueden esclarecerse por el paradigma de la diferencia de género, en oposición a las desigualdades que, al contrario, no tienen nada que ver con la identidad de las personas, sino únicamente con sus discriminaciones o con sus disparidades de condiciones económicas y materiales. Se trata de cuatro modelos teóricos a los que han correspondido otras tantas experiencias prácticas en la historia del derecho y de las instituciones jurídicas.

El primero de estos cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia es el modelo de la *indiferencia jurídica para las diferencias*. Las diferencias no son,

⁵ Sobre estas cuatro dimensiones de la democracia, unidas con otras tantas clases de derechos fundamentales, reenvío a *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 144, 149 y 318-332; y, sobre todo, a *Principia iuris. II. Teoria della democrazia*, cit. (II ed., 2009) caps. XIII-XV.

⁶ Me limito a señalar, entre los textos más relevantes de esta orientación, que se desarrolló sobre todo en Italia y en Francia: C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale*, Milán, Rivolta femminile, 1974; L. Irigaray, *Speculum. L'altra donna* (1974), Milán, Feltrinelli, 1976; *Non credere di avere diritti*, Libreria delle donne di Milano (eds.), Turín, Rosenberg y Sellier, 1987; A. Cavarero, “Per una teoria della differenza sessuale”, en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, Milán, La Tartaruga, 1987; L. Muraro, *L'ordine simbolico della madre*, Roma, Editori Riuniti, 1991; P. Bono - S. Kemp, *Italian Feminist Thought*, Oxford, Blackwell, 1991; F. Restaino, “Il pensiero femminista. Una storia possibile”, en F. Restaino y A. Cavarero, *Le filosofie femministe*, Turín, Paravia, 1999, especialmente pp. 73-81 y 101-110; M. L. Boccia, *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, Milán, Il Saggiatore, 2002.

con base en tal modelo, ni valorizadas ni desvalorizadas, ni tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni manoseadas. Ésas son, simplemente, ignoradas. Se trata del paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que deja en manos de las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la eliminación de las diversas identidades: un paradigma anárquico que en sus formas extremas coincide con la ausencia de derecho más que la de derechos, mientras que en sus formas intermedias se realiza en las sociedades paleo-liberales, caracterizadas por una intervención mínima del derecho y por el juego libre y sin reglas de los poderes de los particulares. El destino de las diferencias en estas sociedades se apoya en las relaciones de fuerza. El destino de la diferencia de sexo, en particular, se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico, considerado como “natural”, de esposa y madre. En este modelo, caracterizado por la total anomia y por la no relevancia en derecho y la relevancia en hecho de todas las diferencias, carece de sentido hablar de igualdad jurídica.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y por tanto en la jerarquización de las diferentes identidades. Con base en este modelo, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas –de sexo, de clase, de etnia, de fe religiosa, de idioma, de riqueza y otros– se asumen como *status* privilegiados, fuente de derechos y de poderes, y posiblemente como bases para un falso universalismo modelado únicamente sobre la base de los sujetos privilegiados, mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, de negro, de herético, de apóstata, de extranjero, de apátrida y similares– se asumen como *status* discriminados, fuente de exclusiones o de sujeciones y, a veces, de persecuciones. Es éste el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados, de casta o de clase propios de los estadios más arcaicos de la experiencia jurídica y aún dominante en el mundo jurídico premoderno. Pero es también el paradigma que sobrevive hasta el inicio de la modernidad, cuando la igualdad y sus correspondientes derechos “universales” son pensados y proclamados, en las primeras constituciones liberales, para referirse únicamente al sujeto masculino, blanco y propietario, de manera de poder convivir hasta el siglo pasado con la discriminación de las mujeres en los derechos políticos y en muchos derechos civiles y, en los Estados Unidos, con la supervivencia de la esclavitud hasta más allá de la mitad del siglo XIX. Queda claro que las diferencias –empezando por la diferencia sexual– están pensadas y establecidas en este modelo como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, no importa si disimuladas bajo la apariencia de un falso universalismo. Se trata del modelo de igualdad históricamente combatido y derrotado por el pensamiento y por las luchas femeninas de tipo emancipatorio: la igualdad como falsa universalización del sujeto masculino, que aun en el plano normativo excluye –no contempla, cancela, ignora– al sujeto feme-

nino, discriminándolo del goce de muchos de los derechos supuestamente “universales”; una igualdad, por otra parte, mutilada también en el plano jurídico, porque corresponde sólo a una parte privilegiada de seres humanos arbitrariamente confundidos con la totalidad.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*. Las diferencias –desde la diferencia de género hasta las diferencias culturales– también en este caso son desvalorizadas y negadas; pero no porque algunas de ellas se conciben como valores y otras como disvalores, sino porque todas son desvalorizadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. En lugar de ser transformadas en *status* privilegiados o discriminados, las diferencias son canceladas, o peor, reprimidas y manoseadas, en el marco de una general homologación, neutralización e integración. Se trata de un modelo que se opone, en algunos aspectos, pero que en otros es análogo al anterior: se opone porque tiene como objetivo no tanto la cristalización de las diferencias en desigualdades de *status*, como, al contrario, su reducción a la nada; es análogo en la común desvalorización de las diferencias y en la implícita idea de una identidad –ya sea connotada en términos de sexo que de clase, o de adhesión ideológica o religiosa– como “normal” y al mismo tiempo “normativa”. Es el modelo de la serialización, propio de los diferentes socialismos realizados y burocráticos. Pero es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propia de los ordenamientos liberales, que sin poner en discusión la parcialidad del sujeto universalizado por el modelo precedente, lo asume como término “normal” y “normativo” de la relación de igualdad, adecuado para incluir a los otros sujetos sólo si se homologan con él.⁷ De esto deriva que la diferencia femenina, en el plano jurídico, no es tanto discriminada cuanto desconocida, ocultada y disfrazada: las mujeres tienen los mismos derechos de los hombres en tanto que son consideradas, o se finge que sean (como los) hombres, y a ellos se asimilan en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero precisamente porque, de derecho, no se le reconoce, la diferencia femenina resulta penalizada de hecho: para las mujeres que se asimilan, así como para

⁷ Para un análisis de este modelo, *cfr.* M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1990, pp. 22 y 51-60. Véase también L. Gianformaggio, “Eguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?”, en *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 220-222, que trata de un tercer sentido, “ni descriptivo, ni prescriptivo”, sino “valorativo”, donde “igualdad” y “diferencia” son usadas en la relación hombre-mujer. En este tercer sentido, “igual” y “diferente” designan no tanto propiedades transitivas y recíprocas, como “la relación de comparación entre entidad medida y entidad de medida”. “De modo que decir que A es igual a B significa decir que A es conforme al modelo constituido por B. Y si B constituye el modelo, no puede –éste– ser considerado diferente pero tampoco igual...” Léase la frase de MacKinnon: “¿Por cuál razón se debería ser iguales a los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, puesto que, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?”.

aquellas que no se asimilan, las unas y las otras son disminuidas en su dignidad como personas. Es éste el concepto de igualdad hasta ahora ampliamente presente en el sentido común, y que es justamente criticado por el pensamiento femenino de la diferencia. Precisamente porque se funda, como en el modelo precedente, en la consideración del sujeto masculino como parámetro, el principio de igualdad en los derechos del hombre se resuelve en efecto en la asimilación jurídica de las diferencias, principalmente la diferencia sexual y, por tanto, en una igualdad fingida que deja de hecho sobrevivir la desigualdad como producto del desconocimiento de las diferencias. Se resuelve, en suma, en una igualdad jurídica la cual, no tomando en cuenta las diferencias y su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a no ser efectiva y a ser negada por las concretas desigualdades y discriminaciones en las que, de hecho, se transforman las diferencias.

Pero existe un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias: el modelo de la igual *valorización jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales–, y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este modelo, en lugar de ser indiferente o simplemente tolerante respecto a las diferencias, garantiza a todos la libre afirmación y desarrollo de ellas, sin abandonarlas al libre juego de la ley del más fuerte, sino, al contrario, haciéndolas objeto de aquellas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. A diferencia del segundo modelo, el cuarto modelo no privilegia y no discrimina ninguna diferencia, sino que las asume todas como dotadas de igual valor, prescribiendo el igual respeto y el igual tratamiento de ellas. A diferencia del tercero, este modelo no desconoce las diferencias, sino que al contrario las reconoce y las valora todas como características de la identidad de las personas, en cuyas particularidades y especificidades todo individuo funda su amor propio y el sentido autónomo de sí mismo en la relación con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales se configura, según lo que se ha dicho al principio, como el igual derecho de todos a afirmar y a tutelar la propia identidad en razón del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de toda persona un individuo diverso de todos los demás, y de todo individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es precisamente una norma, destinada, como todas las normas, a ser, en varias formas y medidas, violada. De aquí sigue que las diferentes identidades, empezando por las diferencias de género, pueden ser reconocidas y valoradas, en cuanto sean pensadas y elaboradas no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también las adecuadas garantías de su efectividad. Y ello no a partir de una abstracta igualdad de las diferentes identidades, sino más bien con base en el hecho de que en las relaciones sociales ellas constituyen factores de desigualdad violando las normas sobre la igualdad.

III. 'Igualdad' como norma, 'diferencias' y 'desigualdades' como hechos

Lo que distingue a nuestro cuarto modelo de configuración de las diferencias es el hecho que éste, de acuerdo con la redefinición que aquí se propone del principio de igualdad, conjuga igualdad y diferencias estipulando normativamente el igual valor que debe ser asociado a todas las diferencias de identidad. Al contrario, la idea de igualdad que subyace, si no al primer modelo –totalmente anómico– sí al segundo y al tercero, se opone a las diferencias en cuanto, como a éstas, se le entiende no como un valor sino como un hecho (o ficción de un hecho); no como principio normativo sino como tesis descriptiva; no como deber ser sino como ser: o para negar la igualdad, con base en el hecho de que *existen* diferencias que por eso se deben diferenciar jurídicamente, o para afirmarla con base en el hecho de que *no existen* (o se finge, se presume, que no existen) diferencias, siendo que éstas son homologadas. Los seres humanos son entre ellos “iguales” en cuanto que en el modelo de la diferenciación se identifican, exclusivamente, con los sujetos masculinos, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios, y en el modelo de la homologación, en cuanto a estos últimos se homologuen o asimilen también las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetas y similares. Correlativamente, las diferencias son, en el primer caso, reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que en el segundo son ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

Esta concepción de la igualdad como hecho, y en particular aquella que se expresa en el modelo de homologación, dura y justamente criticado por el pensamiento feminista de la diferencia como discriminatorio,⁸ ha sido dominante en el pensamiento político clásico. En toda la tradición clásica, desde Aristóteles hasta Hobbes, desde Locke hasta buena parte del pensamiento de la Ilustración, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre sostenida mediante argumentos factuales de naturaleza cognitiva: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y porque, además, son capaces de hacerse

⁸ Esta denuncia se ve con mucha claridad en los escritos de Adriana Cavarero, en los que la idea de la igualdad expresada por el modelo de la homologación es rechazada con base en el hecho de que se predica a partir de una “ficción”, y por ello de un “como si” (las mujeres no existieran, o el género humano no fuera compuesto por hombres y mujeres, o las mujeres fueran [iguales a] hombres): o sea, sobre la base de una hipótesis empírica que niega o ignora las diferencias, o de cualquier manera hace de ellas una indebida abstracción (A. Cavarero, “La congrua delle differenti. Contro l'esclusione o l'assimilazione ad opera del maschie-universale”, en “Il bimestrale”, suplemento al núm. 25 de *Il manifesto* del 13.1.1989, n. 1, enero 1989, pp. 79 y ss.). Queda claro que, de esta manera, “la igualdad”, configurándose como un hecho, es una mistificación. Véase también, de A. Cavarero, *Per una teoria della differenza sessuale*, cit., pp. 43 y ss.; *id.*, “Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale”, en *Democrazia e diritto*, 2, 1990, pp. 221-241.

daño el uno al otro;⁹ o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades.¹⁰ Es claro que tesis parecidas constituían argumentos muy débiles para sostener (el valor de) la igualdad jurídica, y servían también –a veces en el mismo autor, como en el caso de Locke–¹¹ para sufragar la tesis opuesta de la desigualdad. Tan es verdad que en el derecho premoderno el reconocimiento de las varias diferencias personales –de clase, de trabajo, de religión, de sexo y similares– se tradujo, coherentemente, en la institución de otras tantas diferenciaciones jurídicas de *status*: el derecho premoderno, en suma, reflejaba plenamente la realidad, consagrando como desigualdades de derecho, según el modelo de la diferenciación antes ilustrado, las diferencias personales de hecho. Y es muy probable que, precisamente, la larga persistencia de la concepción de la igualdad como “hecho” sea el origen también de la sucesiva configuración de la igualdad como “asimilación” de las diferencias, según el modelo de la homologación, aunque esté en *contradicción* con el hecho que las personas son diferentes.

Pero el principio de igualdad, tal y como ha sido proclamado en la Declaración de los derechos de 1789 y después en todas las cartas constitucionales, admite también –a pesar de la representación simbólica de tipo masculino que se ha apoyado durante mucho tiempo en su espaldas– una interpretación completamente diferente sugerida por nuestro cuarto modelo: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aseveración, sino como prescripción; no en términos de “ser”, sino en términos de “deber ser”. La gran innovación introducida por la Declaración de 1789 –no comprendida ni siquiera por algunos

⁹ T. Hobbes, *De cive*, trad. it. N. Bobbio, en *Opere politiche*, 1959, cap. I, § 3, pp. 83-84; *Id.*, *Leviatano*, trad. it. M. Vinciguerra, Bari, Laterza, 1911, vol I, cap. 13, pp. 99 y ss. *Id. Elementi di legge naturale e politica*, trad. it. A. Pacchi, Florencia, La Nuova Italia, 1968, parte 1ª, cap. 14, §§ 2-3, pp. 109-110, donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres para hacerse daño y asesi-narse el uno al otro. Sin embargo, a Hobbes se debe también la primera intuición acerca de la igualdad como pacto para garantizar la paz: “De consecuencia”, él escribe en *De cive*, cap. 3, § 13, pp. 119-120, cit., “o admitimos que por naturaleza los hombres son iguales entre sí, y entonces se debe reconocer la igualdad; o admitimos que son desiguales, y entonces, puesto que de inmediato se pondrían a combatir entre sí para someterse, es necesario para alcanzar la paz, que se consideren iguales. Por ello, es un mandamiento de la ley natural, en octavo lugar, que cada uno se considere igual a los demás por naturaleza”.

¹⁰ J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, trad. it. L. Pareyson, Turín, UTET, 1968, cap. 2, §§ 4-5, pp. 239-240, quien funda la “igualdad natural de los hombres” en el hecho de que ellos son “criaturas de la misma especie y del mismo grado, nacidas, sin distinción, para las mismas desventajas de la naturaleza y al uso de las mismas facultades”.

¹¹ *Ibid.*, cap. 6, § 60, p. 283, donde se dice de la desigualdad: “si por defectos que se puedan verificar fuera del curso ordinario de la naturaleza, alguien no alcanza el grado de raciocinio para que sea considerado capaz de conocer la ley y, de consecuencia, capaz de vivir en el ámbito de sus normas”, de modo que “éste no podrá nunca ser un hombre libre, y no se le dejará nunca disponer de su propia voluntad ya que él no sabe imponer límites a sí mismo, no teniendo la inteligencia que le puede guiar”.

grandes pensadores del tiempo, como Jeremy Bentham, que veía en ella un error ideológico—¹² fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto significa que desde aquel entonces la igualdad ya no es un hecho, sino un valor; no una aseveración, sino una prescripción: establecida normativamente precisamente porque se reconoce que, de hecho, los seres humanos son diferentes y, consecuentemente, se quiere impedir que sus diferencias constituyan factores de desigualdad. La contradicción entre igualdad y diferencias que compromete el modelo de la homologación, se excluye, por lo tanto, en nuestro cuarto modelo, porque se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales, es, precisamente, una norma. Y se reconoce, por tanto, que existe una asimetría entre igualdad y diferencias. 'Igualdad' es un término normativo: quiere decir que los "diferentes" deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no es suficiente enunciarla sino que es necesario actuarla, observarla, garantizarla y sancionarla. 'Diferencia/s' —no menos que las "desigualdad/es" y la/s "discriminación/es"— es, por el contrario, un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona es dada precisamente por sus diferencias, y que son entonces sus diferencias las que se tienen que tutelar, respetar y garantizar en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer, como siguen haciendo muchas exponentes del pensamiento feminista de la diferencia,¹³ 'igualdad' y 'di-

¹² J. Bentham, *Anarchical Fallacies*, tr. fr. de 1816 de E. Dumont, "Sophismes anarchiques", en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Bruselas, Société Belge de Librairie, 1840, vol. I, p. 507, donde la Declaración es atacada por considerarla un "gran error" o, más bien, "un concentrado de errores", en el que se reconocen partes esparcidas de Mably, de Rousseau, de Raynal, de Condorcet, de Diderot, de Price, de Priestley y muchos otros más," los que aparecen no como "teorías" de pensadores particulares sino como un conjunto de "falsos principios sancionados por una asamblea" bajo la forma de "enunciados legales". En particular, escribe Bentham, la proclamación de los "derechos naturales e imprescriptibles del hombre" en el art. 2 es una proposición "absolutamente falsa", fruto de "una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle un sentido", dado que "no existen derechos anteriores a la institución del Estado (pp. 511-512): sin comprender que la Declaración no era absolutamente una teoría o un conjunto de "falsas" aseveraciones, sino precisamente una norma que transformaba en derechos "positivos" los derechos "naturales" que hasta entonces solamente se teorizaban, inaugurando de esta manera el paradigma constitucional del Estado de derecho como sistema de límites y vínculos que se imponen al legislador.

¹³ Véase, por todos, A. Cavareto, *Per una teoria della differenza sessuale*, cit., pp. 43 y ss.; *id.*, "L'ordine dell'uno non è l'ordine del due", en *Il genere della rappresentanza*, M.L. Boccia y I. Peretti (eds.), Roma, Editori Riuniti, 1988, donde se afirma que la igualdad es el producto de "un esfuerzo de abstracción de la teoría que tiene como finalidad la eliminación de toda diferencia" (p. 70) y que "nada neutro en carne y hueso ha sido visto en circulación" (p. 71): tesis que reflejan la misma concepción cognitivista y premoderna de la igualdad en la que Joseph De Maistre se basó para contestar, hace dos siglos, los "derechos del hombre": "La Constitución de 1975 fue hecha para el *Hombre*. Pero no existen sólo *Hombres* en el mundo. He visto, en mi vida, franceses, italianos, rusos. Y sé también, gracias a

ferencias'. Y si una "diferencia", como la de género, es de hecho ignorada o discriminada, quiere decir no tanto que la igualdad está "se contradice" y que por eso es "falsa", sino que está "violada".

Esto es lo que sucedió con las Declaraciones del siglo XVIII, las cuales entraron en evidente contraposición no sólo con la realidad de las relaciones sociales, sino también con el derecho entonces vigente. Ciertamente, esta antinomia fue producida, y al mismo tiempo ocultada, por que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado para referirse exclusivamente al sujeto masculino, y además blanco, propietario, adulto y ciudadano. Pero también es cierto que una operación parecida se fundaba en una implícita y engañosa teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, como nuestro segundo modelo, tomaba como "iguales", y antes aun como "personas", sólo a los hombres blancos, propietarios, alfabetizados y ciudadanos, y sólo por medio de sucesivas asimilaciones, como nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos distintos de aquéllos. Así que, de hecho, el modelo universalístico ha podido ser, por mucho tiempo, descuidado no sólo en el plano de los hechos, sino también en el plano de derecho a través de las múltiples discriminaciones de mujeres, proletarios, analfabetas, y todavía hoy de todos los no-ciudadanos, hasta la fecha excluidos de la clase de los iguales. Pero esto quiere decir, simplemente, que tal modelo ha sido, y sigue siendo, violado, como desgraciadamente sucedió, y sigue sucediendo, con muchos otros principios y derechos aunque estén establecidos constitucionalmente. Por otro lado, solamente si se acepta esta asimetría entre igualdad como norma y diferencias como hechos, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y criticar, junto con la brecha que puede siempre existir entre normas y hechos, la ineffectividad de la igualdad respecto al tratamiento de hecho de las diferencias.

IV. Las formas jurídicas y las garantías de la igualdad

Podemos ahora analizar la relación entre igualdad como norma y diferencia/s y desigualdades como hechos, con base en argumentos, a su vez jurídico-normativos, en relación con los cuales la igualdad se establece normativamente. Estos argumentos no son otra cosa que los *derechos fundamentales*: *les hommes*, dice el artículo 1º de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, *naissent et demeurent libres et égaux en droits*. La *igualdad jurídica*, de acuerdo con nuestro cuarto modelo, es precisamente esta igualdad *en droits*, o sea en aquellos dere-

Montesquieu, que pueden existir los persas. Mas en cuanto al *Hombre*, declaro que no lo he nunca encontrado en mi vida, y si existe yo no le conozco" (J. De Maistre, *Considérations sur la France* (1797), en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Paris, Aux Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, 1841, p. 50).

chos, que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos– llamamos “universales” o “fundamentales”: por un lado, los *derechos individuales de libertad y autonomía* de las personas, que son todos –desde la libertad de conciencia y de pensamiento hasta la libertad religiosa, desde las libertades de prensa, de asociación y de reunión hasta los derechos civiles y políticos– derechos a la expresión, a la tutela y a la valorización de sus propias diferencias y, por tanto, de su propia identidad; por el otro, los *derechos sociales* que son todos –desde el derecho a la salud y a la instrucción a los derechos de subsistencia y a la asistencia– derechos a la eliminación, o al menos a la reducción, de las desigualdades materiales y sociales. También la *desigualdad jurídica*, por otra parte, es una desigualdad *en droits*: pero ésta se refiere a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que, al contrario de los derechos fundamentales, son derechos *excludendi alios*, correspondientes a cada quien en diferente medida y que excluyen a los demás.

Derechos de libertad y derechos sociales se distinguen entonces –además de su diferente estructura, o sea, porque unos son derechos “negativos”, que consisten en expectativas de no sufrir lesiones, y los otros son derechos “positivos” que consisten en expectativas de recibir prestaciones–,¹⁴ también por su diferente función, es decir, porque los primeros valen para tutelar y valorar las diferencias de identidad, mientras que los segundos valen para eliminar o reducir las desigualdades económicas y sociales. En suma, la igualdad jurídica como igualdad en los derechos, obviamente fundamentales, no es otra cosa que el universalismo de tales derechos, tanto de libertad como sociales; entendiendo por universalismo no ciertamente, como se sostiene a veces, un consenso universal con relación a los derechos (que no existe y que sería no-liberal pretender), sino el hecho de que ellos, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales –contrariamente a los derechos patrimoniales, en los que se funda la desigualdad jurídica– corresponden igual y universalmente a todos.¹⁵

Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir, en síntesis, que “todos” los individuos son, en medida igual, titulares de él. De aquí derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, y la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, por un lado, de la amplitud del grupo de los sujetos (los “todos”) a los cuales la igualdad se refiere; por el otro, de la can-

¹⁴ Reenvío, acerca de la distinción entre derechos individuales (de libertad y de autonomía) y derechos sociales, a *Diritti fondamentali*, cit., III, § 2, pp. 282-288, y a *Principia iuris* cit., I., §§ 11.4-11.6, pp.742-759

¹⁵ Reenvío, para esta noción de universalismo y su respectiva definición del concepto de “derechos fundamentales”, a *Diritti fondamentali*, cit., I, p. 5-42; II, § 3, pp. 134-145 y III, § 1, pp. 279-282, y a *Principia iuris*, cit., § 11.1, pp. 724-731.

tividad de los derechos atribuidos a tales sujetos, y que se garantizan universalmente. En ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta se acrecienta con el crecimiento del segundo: en el plano intencional, con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por tanto, de las expectativas negativas (ejercicio sin obstáculos de las libertades) y expectativas positivas (de satisfacción de las necesidades vitales) garantizadas a todos mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de los titulares de los derechos, hasta hacerla coincidir con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica consiste en el derecho a la vida, y es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social; mientras que las otras diferencias, empezando por la diferencia de sexo, se abandonan a las dinámicas “naturales” y por ello están destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockeano, y después en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se amplía para llegar a ser la garantía de los derechos de libertad y de autonomía particular, pero por largo tiempo permanece limitada subjetivamente sólo a los ciudadanos hombres, alfabetizados y propietarios. Al final, en el curso de los últimos dos siglos, el modelo se expande, por un lado, mediante la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no solamente civiles y políticos sino también sociales y, por el otro, con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de *status* —por nacimiento, por clase, por instrucción y finalmente sólo por sexo— con excepción del último privilegio de *status*, la ciudadanía, la cual por razón de las fronteras estatales del derecho moderno sigue aún excluyendo, como se verá en el próximo párrafo, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. Siempre, de cualquier manera, la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Más allá de la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son, de hecho, diferentes una de la otra por diversidades de “sexo, de raza, de idioma, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales”, según la formulación del artículo 3, 1er inciso, de la Constitución italiana. Pero son también diferentes, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos patrimoniales, de los cuales cada uno es titular excluyendo a los demás, y también en los múltiples roles de poder que cada quien personifica o sufre, y que determinan la definición, en su conjunto, de la desigualdad jurídica, del mismo modo en que la igualdad jurídica se define mediante los derechos fundamentales. Y, al final, las personas son también diferentes de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades —estas últimas an-

tijurídicas que se producen mediante la violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

Se entiende aún mejor, sobre esta base, el nexo que mediante los derechos une las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las “*diferencias*” –sean ellas naturales o culturales– no son otra cosa que los connotados específicos que distinguen y al mismo tiempo individualizan a las personas, y que, en cuanto tales, son tuteladas por los *derechos fundamentales*. Las “*desigualdades*” –ya sea económicas como sociales– son, al contrario, las disparidades entre sujetos que se producen por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, además de la diversidad de sus posiciones de poder y sujeción. Las diferencias concurren, en su conjunto, a formar las diferentes y concretas *identidades* de las distintas personas; las desigualdades, por su parte, concurren para formar las diferentes *esferas jurídicas* de ellas. Las unas son tuteladas y valoradas, contra discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales *de libertad*; las otras son, si no eliminadas, cuando menos reducidas, o balanceadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que se aseguran mediante la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad se conecta a los derechos fundamentales: con los de libertad en cuanto que son derechos al mismo respeto de todas las “diferencias”; con los sociales porque son derechos a la reducción de las “desigualdades”. Y la igualdad puede resultar, siendo un principio normativo, inefectiva en grados diversos, ya sea en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, en virtud de las múltiples “*discriminaciones*” y “*desigualdades*” antijurídicas que la pueden violar por medio de lesiones de hecho de los derechos fundamentales. Por ello el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática de derecho, consiste en la elaboración teórica y en la realización práctica de las *garantías* adecuadas para eliminar las primeras y reducir las segundas.

¿Qué significa, en efecto, decir, como en la redefinición que propongo, que la igualdad tutela las diferencias y se opone a las desigualdades? Significa, repito, que el principio de igualdad es una norma, o sea una convención: no una aseveración o una descripción, sino una prescripción cuya actuación o efectividad requiere por lo tanto que se le asegure mediante garantías adecuadas. Tal principio se estipula entonces *contra la realidad*, en la que las diferencias de identidad son, de hecho, discriminadas y, en la que, de hecho, se desarrollan desigualdades materiales y sociales. Precisamente, por un lado, tal principio es la norma con la que se estipula *la igualdad de las diferencias* por medio sobre todo de los derechos de inmunidad y de libertad, que consisten, como ya he dicho, tanto en el derecho a la propia identidad como en el derecho a las propias diferencias. Por el otro, es la norma con la que se estipulan *niveles mínimos de igualdad material* mediante, sobre todo, los derechos sociales, los cuales son derechos a la eliminación o a la re-

ducción de las desigualdades. En ambos casos la igualdad, siendo una norma, en oposición a las diferencias y a las desigualdades que son hechos (o circunstancias de hecho), requiere ser actuada y garantizada mediante la tutela de las primeras y la eliminación de las segundas.

Decir que el principio de igualdad es una norma equivale, en suma, a decir que tal principio puede de hecho ser violado y que su cumplimiento requiere la introducción de garantías específicas. Puede ser violado, con la lesión de los derechos individuales de libertad y de autonomía, el principio de igualdad formal del igual valor de las diferencias. Y puede ser violado, con la no satisfacción de los derechos sociales, el principio de igualdad sustancial en la efectividad de tales derechos, aunque sean atribuidos a todos. Podemos llamar *discriminaciones* a las violaciones del primer tipo y seguir llamando *desigualdades*, agravadas naturalmente por su ilegitimidad, a las violaciones del segundo tipo, las unas y las otras generadas por la brecha, de la que la política y la ciencia jurídica deben hacerse cargo, entre normatividad y efectividad del principio de igualdad. Y por ello a las discriminaciones y a las desigualdades debemos ahora prestar nuestra atención: para medir el grado de efectividad de la igualdad, normativamente establecida en nuestras cartas constitucionales e internacionales, y para identificar las técnicas de garantía adecuadas para reducir su grado de ineffectividad, si queremos que este principio sea tomado en serio.

V. Discriminaciones y garantías de la igualdad formal

Haré primero de las *discriminaciones*, es decir, de las violaciones de la igualdad formal y del valor igual de las diferencias, sobre todo de las diferencias de género. Y distinguiré, para ello, dos tipos de discriminación: las discriminaciones jurídicas y las discriminaciones de hecho.

Son *discriminaciones jurídicas* las que excluyen algunos sujetos de la titularidad de algunos derechos fundamentales. De estas discriminaciones han sufrido sistemáticamente las mujeres, hasta los primeros decenios del siglo pasado.¹⁶ Re-

¹⁶ Véase, acerca de la historia de las condiciones jurídicas de las mujeres, J. S. Mill, *The Subjection of Woman* (1869), trad. it. *La soggezione delle donne*, Lanciano, Carabba, 1971; L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1984; M. T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella società alto-medievale*, Nápoles, Esi, 1986; *id.*, *L'aria di città. Donne e diritti nella città medievale*, Esi, Nápoles, 1996; M. V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979; M. Graziosi, "Infermitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico", en *Democrazia e diritto*, 2, 1993, pp. 99-143; *id.*, " 'Fragilitas sexus' . Alle origini della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne", en N. M. Filippini, T. Plebani y A. Scattigno (eds.), *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, Viella, 2003, pp. 19-38;

cuérdese entero el capítulo VI del título V del *Code civil* de Napoleón de 1804: “El marido debe protección a la mujer y ésta obediencia al marido” (art. 213); “La mujer está obligada a vivir con su marido, y a seguirle adonde quiera que traslade su residencia” (art. 214); “La mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido” (art. 215); “La mujer, incluso en caso de separación de los bienes, no puede, sin el concurso del marido en el acto, o su autorización escrita, donar, vender, hipotecar o comprar, a título gratuito u oneroso” (art. 217); “El marido administra solo los bienes de la comunidad. Puede venderlos, enajenarlos e hipotecarlos sin el concurso de la mujer” (art. 1421); “El marido tiene la administración de todos los bienes propios de la mujer” (art. 1428). Normas análogas figuran en los códigos italianos antecedentes a la unificación nacional y después en el Código Civil de 1865: “el marido es jefe de la familia; la mujer tiene la condición civil de él, toma su apellido y está obligada a acompañarlo dondequiera que él crea oportuno fijar su residencia” (art. 131); “La mujer no puede donar, alienar los bienes inmuebles, hipotecarlos, establecer contratos de mutuo, ceder o cobrar capitales, constituirse en juicio respecto a tales actos sin la autorización del marido” (art. 134); “Sólo el marido puede administrar los bienes comunes, y constituirse en juicio para las acciones relativas a ellos” (art. 1438). Sólo con la ley número 4167 del 9 de diciembre de 1877 fueron abrogadas las normas que negaban la capacidad de las mujeres para testimoniar en actos públicos y privados. El Código de Comercio de 1882 extendió después los derechos civiles a las esposas que ejercían la profesión del comercio, pero estableciendo también, en el artículo 13, que “la mujer no puede ser comerciante sin el consentimiento expreso o tácito del marido”. La ley número 1176 del 17 de julio de 1919 abrogó la autorización del marido para que la mujer cumpliera actos negociales. Y habría que esperar hasta los años sesenta del siglo pasado para que las mujeres fueran admitidas en los concursos para acceder a la magistratura y a otros puestos públicos.¹⁷

Son, al contrario, *discriminaciones de hecho* aquellas que se desarrollan, a pesar de la igualdad jurídica de las diferencias y en contraposición con el principio de

L. Martone, “L’incapacità delle donne nel sistema giuridico dell’Italia liberale”, en *Democrazia e diritto*, 2-3, 1996, pp. 515-547.

¹⁷ Se deben señalar además, entre las actuales discriminaciones jurídicas, aquellas que son generadas por las leyes secundarias de los derechos políticos, cuando hacen vano, o lo reducen o lo diferencian, el voto. Piénsese a la ley sobre las elecciones políticas actualmente en vigor en Italia, que en contraste con el principio constitucional de igualdad ha introducido un sufragio fuertemente desigual, no fijando límites mínimos de votos para la asignación de premios de mayoría, sino sólo límites muy elevados para el acceso al Congreso de las minorías. Contra este tipo de discriminaciones, que se manifiestan en la invalidez de las leyes discriminatorias, las únicas garantías posibles son su anulación jurisdiccional, o bien su abrogación legislativa.

igualdad en las oportunidades, sobre todo en materia de ocupación, de ascensos en los puestos públicos y privados y en la distribución de los recursos. Es aquí que se manifiesta, sobre todo en perjuicio de las mujeres, la ineffectividad de la igualdad jurídica formal, debido a su concepción como homologación, según el tercer modelo ilustrado antes. Precisamente porque se le piensa como “hecho” modelado sobre la normalidad masculina, la igualdad de hecho vale en este caso sólo para las mujeres que se asimilan a los hombres: imitando sus modelos y sus opciones de vida, y aceptando sus tiempos y sus reglas. La diferencia sexual es así menospreciada y discriminada a expensas de las mujeres por los innumerables obstáculos de tipo social y cultural que las penalizan para ventaja de los hombres. Mas la cuestión se pone, en términos análogos, para muchas otras diferencias. Piénsese en las discriminaciones que de hecho, independientemente de razones concretas, sufren no sólo las mujeres, sino también los jóvenes, los ancianos, los inmigrantes y las personas de color, excluidas o menospreciadas en el mercado del trabajo o destinadas a trabajos precarios o con poco reconocimiento.

Las garantías de la igualdad contra esta disparidad de tratamiento de las diferencias pueden ser de dos tipos, según que la igualdad que se persigue imponga que la diferencia *no sea relevante* en cuanto fuente de discriminación o de privilegio o, al contrario, que *sea relevante* para no ser ni discriminada ni privilegiada. Entre las garantías del primer tipo, dirigidas a no hacer resaltar y por tanto a no dar relevancia a las diferencias, se encuentra por ejemplo, en el precedente Código italiano del trabajo, la prohibición de contratar mediante llamadas nominales directas para impedir que con ello se discrimine a las mujeres en razón de su posible maternidad, o bien a los trabajadores cuyas opiniones políticas o afiliación sindical no sean del agrado de los patrones.¹⁸ Por otro lado, entre las garantías del segundo tipo, que tienden a evidenciar y a dar relevancia a las diferencias, se encuentran las que se suele llamar “acciones positivas”, tendientes a favorecer, mediante la previsión de cuotas en los puestos reservados a ellas, sujetos que de otra manera serían discriminados por razón, por ejemplo, de su identidad de género.¹⁹

¹⁸ Hay que recordar también, entre las garantías de este tipo, la prohibición formulada por el csm (Consiglio Superiore della Magistratura, órgano de autogobierno de la magistratura entendida como toda función relativa a la jurisdicción ordinaria. N. del t.) con una circular del 7 julio de 1962, de usar eventuales noticias policíacas acerca de opiniones políticas o la moralidad de los candidatos, a fin de no hacer figurar tales diferencias en los concursos de admisión a la magistratura: una medida que puso fin a las discriminaciones políticas en el acceso a la magistratura que hasta entonces se habían hecho con base en tales informaciones, recogidas por la policía para consentir el accertamiento “de la límpida conducta civil, moral y política” requerida por el art. 8 del ordenamiento judicial de 1941.

¹⁹ Este tipo de acciones con frecuencia es visto con fastidio y en modo sospechoso aun por una parte del pensamiento feminista, pues, se dice, señalan finalidades de tutela que certifican, de hecho, la desigualdad. Es una tesis, en mi parecer, infundada, como la que fue asumida en una sentencia de la Corte Constitucional –la número 422 de 1995 con la cual fue anulada la norma introducida por la ley

Existe, finalmente, otro tipo de discriminación jurídica a la que deseo referirme y que es la más vistosa entre todas ellas. El principio de igualdad se ha afirmado, históricamente, con aquella gran conquista de la modernidad que fue la supresión de las diferencias jurídicas de *status* y la consiguiente afirmación de la igualdad de todos en relación con los derechos, independientemente de las diferencias de identidad personales –de sexo, de clase, de lengua, de religión, etcétera–, para que ninguna de ellas pudiese ser considerada como un *status* jurídico diferenciado para la atribución de derechos. Pues bien, de todas estas diferenciaciones o discriminaciones jurídicas ha sobrevivido, y se ha dramáticamente acentuado, al menos una: la diferencia entre ciudadanos y no ciudadanos. Todos somos iguales como ciudadanos, en el sentido de que como tales todos somos igualmente titulares de los derechos de ciudadanía; pero somos desiguales como personas en cuanto quienes no son ciudadanos no tienen los mismos derechos de los ciudadanos. Ha ocurrido, así, que la ciudadanía, que en los orígenes del Estado moderno había tenido una función de inclusión, hoy en día tiene una función de exclusión. En contraposición con todas las cartas internacionales sobre los derechos humanos, que atribuyen todos estos derechos a todos en cuanto personas, y también con nuestras constituciones, que atribuyen a todos y no sólo a los ciudadanos todos los derechos civiles y también muchos derechos sociales –como por ejemplo, en la Constitución italiana, el derecho a la salud (art. 32), el derecho a la instrucción (art. 34) y el derecho de los trabajadores a una justa paga (art. 36), de hecho el goce de tales derechos está condicionado, en virtud de las actuales leyes contra la inmigración, por el estatus de la ciudadanía: es decir, por aquel metaderecho que es el derecho de acceso, de circulación y residencia en el territorio nacional y que, a pesar del *ius migrandi* teorizado por Francisco de Vitoria en los albores del derecho moderno, y todavía establecido en el art. 13 de la Declaración universal de los derechos humanos (“Todo individuo tiene derecho a la libertad de movimiento y de residencia dentro de las fronteras de todo Estado. Todo individuo tiene derecho de dejar cualquier país, incluido el propio”), se atribuye sólo a los ciudadanos.

electoral municipal número 91 del 25 marzo 1993 que garantizaba una cuota mínima de candidatos a cada uno de los sexos– y que, por fortuna, fue superada con una reforma constitucional (30 de mayo de 2003) que ha establecido que para los fines de la igualdad “la República promueve con específicas medidas iguales oportunidades”. Si, en efecto, reconocemos que de hecho existen discriminaciones no justificadas por razones sustanciales entre hombres y mujeres, la introducción de medidas semejantes de acción positiva es no solo jurídicamente consentida, sino además obligatoria, en cumplimiento del art. 3 de la Constitución italiana. Véase, sobre esto, L. Gianformaggio, “Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 442/1995 della Corte costituzionale)” (1996), ahora en *id.*, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli y T. Pitch (eds.), Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 225-243. Cfr. también mi ensayo “Differenza di genere e garanzie dell’uguaglianza”, en *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant’anni dal voto*, F. Bimbi y A. Del Re (eds.), Turin, Rosenberg e Sellier, 1997, pp. 93-100.

De esta manera la ciudadanía ha entrado en contraste con la igualdad jurídica, aun sólo formal, de todos los seres humanos, aunque ésta haya sido establecida por muchas cartas y convenciones internacionales. El resultado de esta discriminación jurídica es que la ciudadanía –aquella, obviamente de los países más ricos– se ha transformado en el último privilegio de *status* ligado a un *accident de naissance*; en el último factor de exclusión y discriminación, y no, como sucedió en los albores del Estado moderno, en un factor de inclusión y de homologación; en la última herencia premoderna de las diferenciaciones personales; en la última contradicción no resuelta respecto a la manifiesta universalidad de los (y de la igualdad en los) derechos fundamentales. En las actuales sociedades transnacionales existen, en efecto, ciudadanía diferenciadas: ciudadanía prestigiadas, como las de los países occidentales, y ciudadanía que no valen nada, como las de los países pobres. Y existen, dentro de nuestros ordenamientos, ciudadanía desiguales: la de los ciudadanos *optimo iure*, la de los semi-ciudadanos, que se concede a los extranjeros que poseen un permiso para vivir en nuestros países, y la de los no ciudadanos clandestinos, que en Italia son objeto de criminalización.²⁰

Nos enfrentamos así a una aporía difícil de resolver, la cual sólo mediante la superación de la distinción entre personas y ciudadanos se podría eliminar. Seguramente esta superación hoy en día aparece casi como una utopía. Pero, al menos, reconocer esta aporía debería servir para generar un remordimiento que podría servir para poner freno a las actuales pulsiones xenófobas y racistas. Debería, al menos, hacer nacer la conciencia de que existe una contradicción entre nuestros principios de igualdad y de igual dignidad de todos los seres humanos y nuestra praxis de discriminación hacia los no ciudadanos: una contradicción que concierne a todo el Occidente, y en modo particular a Europa, la cual después de haber invadido por siglos el mundo con sus conquistas y colonizaciones, tiende hoy a cerrarse como una fortaleza asediada, negando a los extra-occidentales el mismo *ius migrandi* que en los albores de la modernidad había teorizado y utilizado como fuente de legitimación de sus propias conquistas, invasiones y colonizaciones. En efecto, cuando se ha tratado de tomar en serio su carácter “universal”, tal derecho desvanece, hasta convertirse en el principio opuesto.

²⁰ La Ley número 94 del 15 julio 2009 sobre la seguridad ha introducido en Italia, además de numerosas medidas vejatorias en relación con los inmigrantes, también el delito de inmigración clandestina. Por primera vez después de las leyes raciales de 1938 ha sido penalizada una condición personal de estatus, claramente inconstitucional, pues contrasta con los principios de igualdad, de ofensividad penal y de dignidad de la persona; con la consecuencia que cualquier empleado público con quien el clandestino entre en contacto –médicos, directores de escuela, empleados municipales, policías de tránsito– podría sentirse obligado a denunciarlo, cuando menos para no correr el riesgo de incurrir en el delito de facilitación de inmigración clandestina.

VI. Desigualdades y garantías de la igualdad sustancial

Otro tipo de problemas, diferentes de los que derivan de la discriminación en la igualdad formal, son los que se generan en razón de las *desigualdades sustanciales*, que se refieren no tanto a la titularidad de los derechos, sino más bien, cuando llegan a comprometer los mínimos vitales, a la efectividad de los derechos sociales, en los que también, se ha dicho, el principio de igualdad impone que se reduzcan mediante la introducción de garantías adecuadas.

Aquí se pone una cuestión central para los fines de la construcción de la democracia que va más allá de los derechos sociales y de la diferencia de género. Todos los derechos fundamentales, y por consiguiente, el principio de igualdad en tales derechos, requieren la introducción de garantías por medio de leyes secundarias, cuya ausencia hace que su ineffectividad sea inevitable y estructural. También el derecho a la vida, si no existieran el Código penal y las garantías para la prohibición y la sanción del homicidio, sería ineffectivo, suprimiendo así la sanción del homicidio en el principio de legalidad penal. Por otra parte, una vez que ha sido emanada una ley secundaria la Constitución la protege, de modo que con base en ésta se podría considerar inválida una ley que la suprimiera o la limitara.

Pueden acaecer, en suma —e inevitablemente acaecen, a causa de la brecha deóntica que de alguna medida irremediablemente subsiste entre derecho y realidad, entre deber ser y ser—, violaciones del principio de igualdad en los derechos, y también de la democracia: violaciones *por omisión*, que se manifiestan como *lagunas*, y violaciones *por comisión*, que se manifiestan como *antinomias*. Y ambos tipos de violación, así lo impone el mismo principio de igualdad, deben ser eliminados: por la legislación en el caso de lagunas, por la jurisdicción de constitucionalidad en el caso de antinomias.

El problema de las garantías de la igualdad se identifica entonces con el problema de la construcción de la democracia. Si es verdad, como se ha dicho al final del primer párrafo, que la democracia constitucional se funda, en sus diferentes dimensiones, en otras tantas clases de derechos fundamentales; en consecuencia la garantía de tales derechos, y por tanto de la igualdad, son también garantías de la democracia, la cual, luego, es una construcción jurídica que se desarrolla con la introducción, mediante leyes secundarias, de sus relativas garantías. Gran parte del derecho público en las democracias constitucionales puede leerse, consecuentemente, como un sistema complejo, más o menos antinómico y lagunoso, de garantías de la igualdad: no sólo de aquellas que he llamado *garantías secundarias*, como lo son las garantías jurisdiccionales, sino también, y sobre todo, de aquellas que he llamado *garantías primarias*; es decir, las obligaciones y las prohibiciones

dirigidas a la esfera pública que corresponden a las varias clases de derechos fundamentales, y a las correspondientes funciones e instituciones de garantía.²¹

Es evidente que en los ordenamientos internos de la democracias constitucionales desarrolladas, en donde el desarrollo de la democracia ha sido paralelo al desarrollo del Estado de derecho y del Estado social, las violaciones de los derechos fundamentales, y por ello de la igualdad en los derechos, se manifiestan sobre todo como *antinomias*; es decir, en la producción de normas que, en la medida en que violan o de algún modo restringen los derechos de libertad o suprimen o reducen leyes secundarias anteriores relativas a los derechos sociales, se ponen en contraposición con la Constitución y pueden ser eliminadas sólo gracias a la garantía secundaria del juicio de inconstitucionalidad. Mas no faltan, en tales ordenamientos, también las lagunas: piénsese en la no emanación de una ley secundaria para garantizar el derecho a “medios adecuados” de vida “en caso de desocupación involuntaria” previsto en el artículo 38, primer apartado, de la Constitución italiana.

Al contrario, respecto a los derechos fundamentales y al principio de igualdad establecidos en las cartas y en las convenciones internacionales, la violación más vistosa –más grave y dramática porque es el resultado de una ineffectividad no contingente sino estructural– es la que se manifiesta en las *lagunas*, es decir en la omisión de leyes secundarias de muchas cartas y declaraciones de derechos, universales y regionales, generales y sectoriales, que se han acumulado en los últimos sesenta años. Llego así a lo que hoy en día constituye ciertamente el problema más dramático: la enorme desigualdad que se ha venido desarrollando en el ámbito global, en contraste con todas las cartas constitucionales e internacionales sobre la igualdad y los derechos fundamentales.

Se pueden dar muchas definiciones de la globalización. Yo pienso, sin embargo, que en el plano jurídico la definición más adecuada es la que la identifica con un *vacío de derecho público*, o sea, con la falta de garantías de los derechos proclamados solemnemente en muchas cartas internacionales y, más en general, en la falta de reglas, de límites y de controles acerca de los innumerables poderes transnacionales, ya sea públicos o privados, que han sustituido los viejos poderes estatales: no se trata, hay que decirlo, de un vacío de derecho, que no puede existir nunca, sino de un vacío de derecho público el cual, inevitablemente, se llena con un derecho privado; es decir, un derecho producido contractualmente que sustituye las formas tradicionales de la ley y que refleja, habitualmente, la ley del más fuerte.

²¹ Reenvío, para esto, a *Principia iuris. Vol I. Teoria del diritto*, cit., §§ 3.5-3.6, pp. 194-201, §§ 12.6-12.7, pp. 869-879, y *Vol. II. Teoria della democrazia*, § 13.15, pp. 77.82, § 14.13, pp. 219-224 y § 15.18, pp. 398-404.

Ha seguido –de esta ausencia de garantías y de instituciones de garantía– un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por descontada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin dignidad ni valor. Ha sido calculado, en los reportes anuales de la ONU acerca del desarrollo humano, que la brecha de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, en 1992 era ya de 1 a 72 y hoy es de casi 1 a 100; y que decenas de millones de personas mueren cada año por falta de agua, de alimentación básica y por carencias de banales fármacos salva-vida.²² En suma, nos encontramos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia. Y esta desigualdad pesa sobre todo en las mujeres, las cuales son inevitablemente más pobres que los hombres, y cuya mayor pobreza, junto con la lesión del derecho a la instrucción, tiene como resultado necesario una mayor sujeción de ellas a los hombres.

VII. Historicidad de la dimensión semántica de la igualdad. Las actuales fronteras de las garantías de la igualdad

Es evidente que este vacío de derecho público y de garantías, así como esta contradicción entre normatividad e ineffectividad de la igualdad, no son sostenibles por largo término, en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, sin que resulte minada la credibilidad del principio de igualdad y de los derechos humanos sobre los que se fundan nuestras democracias.

Un aspecto característico del principio de igualdad es, en efecto, su indivisibilidad, de la que deriva su constante ampliación y afirmación. Siempre, históricamente, el principio de igualdad, se ha venido afirmando poco a poco, pero al mismo tiempo violando, en razón de su original, intrínseca, ambigüedad. Desde sus inicios fueron ocultadas sus violaciones, precisamente porque quien proclamaba tal principio pensaba que podía contrastar sólo las discriminaciones de las que había sido víctima él mismo hasta entonces: sus propias discriminaciones y no las de los demás. Cuando en 1776 los colonos de Virginia declararon que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes” no pensaban ciertamente en sus esclavos. En modo análogo, cuando el 26 de agosto de 1789 la Asamblea Nacional en Francia proclamó la igualdad *en droits* de todos los “hombres”, los burgueses que la componían pensaban sólo en sí mismos: en los privilegios feudales y en las diferenciaciones de clase que deseaban abatir, pero no en las discrimina-

²² Véase los reportes anuales de la ONU sobre el desarrollo humano, en particular *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. 10. La globalización*, Turín, Rosenberg e Sellier, 1999, y *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005. 16. La cooperazione internazionale a un bivio*, Turín, Rosenberg e Sellier, 2005.

ciones de sexo ni económicas ni sociales, que dejaban sobrevivir simplemente ignorándolas. Siempre, sin embargo, el principio ha sido tomado después por quienes resultaban discriminados, para usarlo en su sentido contrario, mediante un re-pensar su significado, contra quien lo había pensado sólo para usarlo a su favor.

Es esta historicidad de la dimensión semántica y al mismo tiempo pragmática del principio de igualdad la que nos permite resolver una aparente aporía: el hecho de que tal principio haya sido originalmente pensado y modelado sobre parámetros masculinos, y clasistas, y que sin embargo haya mantenido, y conserve aún hoy, gracias a las luchas que su idea ha orientado y a las nuevas subjetividades que ha promovido, un carácter perennemente revolucionario. Las dos valencias del principio –una conservadora y mistificatoria, y la otra revolucionaria y desmistificatoria– se conectan, respectivamente, a su uso en sentido *descriptivo*, que considera “verdadera” la igualdad modelada mediante parámetros discriminatorios y que ignora las violaciones que perjudican a quienes son excluidos; y a su uso en sentido *prescriptivo*, el cual consiente, al contrario, considerar las desigualdades y las discriminaciones como violaciones y, en cuanto tales, oponerse a ellas. En sentido descriptivo, es decir entendida como un hecho, la igualdad es siempre falsa. En sentido prescriptivo, o sea como norma y valor, ella es, por el contrario, un ideal-límite, nunca perfectamente, sino sólo imperfectamente, realizado cuando es “tomado en serio” en virtud de la percepción de sus violaciones desde el punto de vista de los discriminados.

Hoy en día las nuevas fronteras de la igualdad son las del mismo planeta, generadas por la globalización, e incluyen a la humanidad entera. El gran reto de la democracia, hoy, es el que nace en virtud de la desigualdad creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre nuestras democráticas sociedades opulentas y gran parte del mundo que vive en condiciones de miseria, entre nuestros altos tenores de vida y los de un billón de seres humanos que sufren el hambre. Esta desigualdad puede minar las bases de nuestras mismas democracias. No olvidemos el papel performativo del derecho y el nexo que él determina entre desigualdad en los derechos y racismo: así como la paridad en los derechos genera el sentido de igualdad, y con ello el respeto del otro como igual; asimismo, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente. De nueva cuenta, como siempre, por eso, de la lucha de los excluidos depende la consolidación de la igualdad y de la democracia. Y de nuevo, así como para la superación de las discriminaciones y de las desigualdades del pasado, también hoy la lucha por la igualdad se nutre de un punto de vista externo al derecho vigente –y que en relación con éste es antagónico y conflictual– de quien sufre las actuales desigualdades detrás del paraviento falaz y mistificante de la igualdad jurídica que, siendo normativa, se hace pasar por descriptiva.

Este punto de vista externo –el de quien sufre y critica las desigualdades existentes– le confiere al principio de igualdad una y otra vez un sentido nuevo, y siempre cada vez un sentido revolucionario. Podemos en efecto decir que el significado del principio de igualdad ha cambiado muchas veces, en el curso de los 220 años que nos separan de la Declaración de 1789, gracias a las innumerables luchas que han denunciado sus violaciones: a las luchas obreras, a las luchas de liberación de los pueblos, a las luchas de las mujeres, así como a la praxis que está en su base. Sin duda los revolucionarios franceses que en 1789 proclamaron la igualdad tenían como parámetro y como punto de vista el burgués masculino, blanco y propietario. Posteriormente, el significado de la igualdad ha sido cambiado y ampliado por las luchas de todos aquellos que mediante tal parámetro eran excluidos, para imponer sus puntos de vista, alternativos a los puntos de vista dominantes. El velo de la normalidad que en el pasado ha ocultado discriminaciones y desigualdades, opresiones y violaciones, ha sido –y seguirá siendo– rasgado una y otra vez desde el punto de vista externo de quienes las han denunciado y, antes, las han nombrado como tales.

Esta historicidad de la dimensión semántica concierne a todo el derecho, que es un universo lingüístico y convencional; es decir, un mundo de signos y de significados asociados a aquellos particulares signos y significados que son las leyes. Estos significados, por medio de los cuales leemos y valoramos normativamente la realidad, no son dados una vez por todas, sino que cambian con el mutar del tiempo y de las culturas, de la fuerza y de la conciencia de los actores sociales, quienes son al mismo tiempo, intérpretes, críticos y productores del derecho. El principio de igualdad jurídica es quizá el principio que está más expuesto a estos cambios de significado, siendo al mismo tiempo criticado y reivindicado por quienes se oponen a las desigualdades y a las discriminaciones que antes no parecían tales, y que sólo en un momento determinado son percibidos por quienes son víctimas de ellas y que solicitan así su eliminación. La percepción de la desigualdad, en efecto, es siempre un hecho social, ligado a la praxis subjetiva y colectiva de los sujetos que la sufren: una percepción que al principio es minoritaria hasta en quienes son sus víctimas, pero que después se comparte por la mayoría de ellos, y que, finalmente, con el desarrollo y el éxito de sus luchas, está destinada a generalizarse y a convertirse en una idea común.

En este sentido, las luchas de las mujeres contra la discriminación de la diferencia de género han sido ejemplares. Es su punto de vista el que se ha impuesto en el plano cultural, aun antes que en el plano jurídico, y el que ha producido, poniendo en duda y cuestionando el valor y el significado de la igualdad, la que quizá ha sido la más relevante revolución social de los últimos decenios. Obviamente, aun repensado y reformado en función de la valorización de la diferencia de género, ningún mecanismo jurídico logrará, sólo él, garantizar la igualdad de hecho entre

los dos sexos. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre un principio regulativo, que seguirá siendo violado hasta que persistan las razones sociales, económicas y culturales que hoy en día sostienen el dominio masculino. Pero eso no le limita su valor normativo, pues si fuera así, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque con frecuencia, de hecho, la policía efectúa arrestos de manera arbitraria. El verdadero problema, el que requiere intervenciones precisas e imaginación jurídica, es la elaboración de un garantismo de las diferencias de género que sirva de hecho para la realización de la igualdad en su sentido más amplio posible.

Análogamente, podemos estar seguros de que las enormes desigualdades y discriminaciones que son responsables de la miseria y del hambre en gran parte de la población del planeta, y que seguramente no las consideran tales quienes tienen la fortuna de vivir en países ricos, serán cada vez más claras y evidentes con el desarrollo de la globalización, y requerirán con fuerza su eliminación cuando el punto de vista de los excluidos se imponga una vez más, evidenciando y renovando de esta manera la credibilidad de los principios de igualdad y de dignidad de las personas. De esto debemos estar conscientes. Contra el realismo miope de quienes consideran irreal la perspectiva de una democracia global basada en la igualdad “en dignidad y derechos” establecida en el primer artículo de la Declaración Universal de 1948, debemos reconocer que es una idea aún más irreal pensar que la realidad puede permanecer así como es por siempre, sin que antes o después la revuelta de los excluidos no se convierta en un riesgo para la paz y no derrumbe nuestras mismas democracias. Todo esto no puede, realísticamente, durar. Siempre, la presión de los excluidos deviene arrolladora en un determinado momento histórico. Es el mismo preámbulo a la Declaración de 1948 el que establece, realísticamente, este nexo entre paz y derechos. Por ello, sería una demostración de realismo si las grandes potencias comprendiesen finalmente que hoy el mundo es un lugar común no sólo en razón del mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad, de la paz, de la democracia y de los derechos; para que no se deba tomar a descubrir de nueva cuenta esta indivisibilidad, junto con los nexos entre derecho y paz y entre derecho y razón, después de nuevos desórdenes y catástrofes planetarias.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Comentario a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Miguel Carbonell

Introducción

Las constituciones contemporáneas han ideado muchas maneras de proteger la igualdad. Lo han hecho por medio de mandatos de no discriminación, de declaraciones generales sobre el igual goce de los derechos fundamentales, de mandatos para alcanzar una igualdad real o sustantiva, etcétera. Lo mismo ha sucedido con las legislaciones que han desarrollado ese tipo de normas.

Quizá no sobra apuntar, desde el inicio de este ensayo, que el de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.¹

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos. Como señala Francisco J. Laporta,

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su impor-

¹ Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que "En el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leitmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder; y en sociología, en la estratificación social", en *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16.

tancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.²

Para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado.

El primer artículo de lo que, junto con la Constitución norteamericana de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.³

De la misma forma, también el pensamiento ilustrado había reparado en la importancia del principio de igualdad. Podrían ser muchas las citas que se hicieran al respecto, pero quizá hay dos que recogen fielmente la postura ilustrada que sirvió para alimentar la filosofía de las primeras declaraciones de derechos. La primera es de Hobbes, quien en su obra *De Cive* escribió: “Si la naturaleza ha hecho iguales a los hombres, esta igualdad debe ser reconocida; si les ha hecho desiguales, puesto que se pelearán por el poder, es necesario para lograr la paz que se consideren como iguales”. La segunda cita es de Rousseau, quien señaló en *El contrato social*:

Es que en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y derecho[...] Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla.

En las páginas siguientes haremos un repaso del marco jurídico nacional e internacional en materia de no discriminación y de igualdad entre mujeres y hombres (apartado II). Dedicaremos un espacio a la que puede considerarse como la norma

² Francisco J., Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985, p. 3.

³ Un análisis del significado, de los alcances y de la proyección actual de este artículo puede verse en Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDF, 2005, pp. 106 y ss.

de origen nacional más importante en la materia, que es la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (apartado III). Finalmente, esbozaremos algunas posibles perspectivas del tema en México (apartado IV).

I. Esbozo del marco jurídico

En México, mediante una reforma de 1974 se introduce un mandato sencillo pero contundente en el que actualmente es el párrafo primero del artículo 4 constitucional: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer. En el ámbito constitucional debe tomarse en cuenta, también, que el artículo 1 párrafo tercero establece (a partir del año 2001) que no se podrá discriminar por razón de género.⁴

La igualdad entre hombres y mujeres se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos como la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1981) o la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de diciembre de 1996).

En el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo” (una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI, inciso C).

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2 constitucional, cuyo apartado A dispone que

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:...II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los

⁴ Véase más adelante (apartado III), la forma en que este mandato ha sido desarrollado por el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En México, para contribuir con el combate a la desigualdad de género, se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (Diario Oficial de la Federación del 12 de enero de 2001). Dicho Instituto es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley del propio Instituto.

El Instituto tiene como objetivo general promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; así como el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4 de la Ley).

La Ley del Instituto contiene un par de definiciones que, a pesar de no ser un modelo de redacción y de que contienen algunas cuestiones discutibles, pueden ser de interés para el estudio de la igualdad entre hombres y mujeres. En su artículo 5 establece que la “equidad de género” es un “concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar”.

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como un “concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género”.

En el año 2006 se publicó una “Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres”, cuyo objetivo es “regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres” (artículo 1).⁵

⁵ A pesar de su título, que haría suponer una legislación muy completa y ambiciosa, lo cierto es que se trata de una ley bastante inocua, con poca regulación referida en sentido estricto a derechos y abundantes referencias a la distribución de funciones entre las autoridades involucradas. Compárese su pobreza de contenidos con la mucho más rica “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” de España.

En el año 2007 se publicó la “Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”, por medio de la cual se intenta alcanzar una actuación coordinada y eficiente del Estado mexicano en contra de la violencia de género, tan extendida en México.

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

Separación de los cónyuges y depósito de la mujer. El artículo 287, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio código, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo 4º, segundo párrafo [ahora primero]⁶ de la Constitución Federal que proscribe toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así, porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XIII, mayo de 2001, tesis 1ª XXXIII/2001, pp. 286-287.

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizá con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendientes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

⁶ Actualmente es el primer párrafo (Miguel Carbonell).

Otra tesis que no se encuentra entre las más afortunadas de nuestra Suprema Corte es la siguiente:

DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en la demanda se narren genéricamente los hechos que a juicio del actor actualicen dicha causal, sino que es necesario expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron. Lo anterior, no sólo para que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada. Además, si en los procedimientos contenciosos el actor debe narrar primero en su demanda los hechos y posteriormente probarlos en la etapa procesal correspondiente, resulta inconcuso que en el periodo probatorio no pueden subsanarse las omisiones de la demanda, pues las pruebas no son los instrumentos indicados para hacerlo. Contradicción de tesis 55/2006-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Tesis jurisprudencial 59/2006

El efecto del criterio que se acaba de transcribir es que a partir de su emisión los jueces del fuero común le deberán exigir a las víctimas de la violencia intrafamiliar que quieran por esa razón disolver un vínculo matrimonial (¿se aplicará el mismo criterio al concubinato, para efecto por ejemplo de demandar el pago de alimentos?, ¿y a las sociedades de convivencia en el Distrito Federal y Coahuila?), que argumenten y prueben con detalle en qué consistió esa violencia, desde el inicio mismo del proceso; es decir, desde la presentación de su demanda. En otras palabras, las víctimas, mientras corren a su habitación envueltas en sangre para que sus hijos no las vean sufrir, deberán ir anotando la hora, el número y tipo de golpes recibidos, el lugar de la recepción y cualquier otro detalle que les permita alcanzar el estándar tan acucioso que se va a exigir para que posteriormente un juez les reciba su demanda. De esa manera probablemente bajarán las denuncias por violencia intrafamiliar, pero ¡aumentarán las cifras de golpeadores impunes! Quien mejor ha descrito el drama que, en la práctica, genera la tesis que estoy analizando es Arturo Zaldívar, quien escribe al respecto lo siguiente:⁷

⁷ Arturo Zaldívar, "Violencia intrafamiliar e indefensión", en *Nexos*, núm. 354, México, junio de 2007, p. 43.

Para aquilatar la gravedad de la tesis de la Corte no es necesario recurrir a sesudas interpretaciones jurídicas, sino apelar al más elemental sentido común. Basta un sencillo ejemplo, por lo demás bastante frecuente no sólo en México. Supongamos que una mujer acude a demandar el divorcio necesario alegando que de manera reiterada, casi todos los días, su esposo llega en estado de ebriedad, la insulta y la golpea, además de que grita y maltrata a sus hijos menores de edad. Para acreditar lo anterior ofrece varios testigos a quienes les constan los abusos del marido. En el caso, la mujer maltratada estaría imposibilitada para lograr el divorcio y el cese del maltrato, pues la narración de los hechos es insuficiente a decir de la Corte, y los testigos no tendrían relevancia alguna. La mujer estaría obligada a describir de manera detallada las circunstancias de tiempo: qué día sucedieron los hechos (día, mes y año) y a qué hora exactamente (a las 10:33 de la noche, por ejemplo); de modo: qué palabras utilizó exactamente, cómo estaban vestidos ella, él y los niños, cómo la golpeó: ¿con las manos? ¿con el puño abierto o cerrado? ¿con los pies? ¿qué zapatos llevaba el agresor? ¿en qué partes del cuerpo fue golpeada? ¿qué tan fuerte le pegó? ¿Cuántas veces?, etcétera; de lugar: ¿fue en la cocina, en la habitación o en la sala? ¿en qué parte exactamente? ¿cerca de la puerta o de la ventana? Es fácil advertir la situación de desventaja en la que se coloca a quien sufre de violencia en la familia, pues se le exige que recuerde todos estos detalles, lo mismo que sus testigos, a pesar de que es claro que en muchos casos por la situación derivada del miedo y el trauma que genera la violencia no los recuerde, o que la naturaleza continuada de la conducta haga absurdo el reducirla a un solo evento.

En América Latina, como se puede ver a partir de los criterios del Poder Judicial Federal mexicano, los tribunales constitucionales no siempre se han empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos y así por el estilo.⁸

⁸ Cfr., al respecto, Universidad del Rosario, *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-USAIID, 2001, p. 149. También pueden ser de interés las sentencias recientemente dictadas por el Tribunal Constitucional (TC) español sobre la constitucionalidad de ciertas medidas tomadas por la legislación española contra la violencia de género; véase por ejemplo las sentencias 12/2008, 59/2008 y 76/2008, entre otras. Los planteamientos originales del TC en materia de igualdad

A partir de este marco jurídico general (a pesar de sus debilidades y de sus discutibles interpretaciones) es que se emprende en México una decidida batalla para garantizar los derechos de igualdad entre hombres y mujeres, pero entendiendo a esa igualdad no de manera formal (como mera prohibición de discriminar), sino de forma sustantiva, como igualdad de facto.⁹ No solamente lo dice el ya citado artículo 1 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, sino que lo reitera expresamente la fracción V de su artículo 12, cuando establece que es competencia del gobierno federal: “Garantizar la igualdad de oportunidades, mediante la adopción de políticas, programas, proyectos e instrumentos compensatorios como acciones afirmativas”.

Vamos a pasar ahora al análisis de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

II. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

En el análisis de las normas que desarrollan el mandato de igualdad entre mujeres y hombres, creo que debe reservarse un lugar muy especial para la “Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación” (LD, en lo que sigue), dado que constituye la columna vertebral del conjunto del ordenamiento jurídico mexicano en la materia y puesto que contiene normas muy avanzadas sobre el tema que nos ocupa.

pueden encontrarse en las sentencias 216/1991 (caso de las mujeres aviadoras), 147/1995 (caso esk, relativo a discriminación indirecta por razón de sexo), 128/1987 (caso guarderías, sobre acciones afirmativas) y 42/1993 (caso Fernández, sobre igualdad en la aplicación de la ley. Una exposición más detallada de los casos (así como la cita de otros muchos), se encuentra en Juan María Bilbao Ubillos, y Fernando Rey Martínez, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española” en Miguel Carbonell, (com.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003, pp. 105 y ss.

⁹ La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto a las personas de raza blanca.

La Ley tuvo como origen remoto o mediato un proyecto redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación que estuvo trabajando durante buena parte del año 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado.¹⁰ En esa Comisión trabajaron más de 160 personas, muchas de ellas pertenecientes a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados en México (personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas o con tendencias sexuales distintas a las mayoritarias, mujeres, etcétera).

Aunque el texto de la Ley, como veremos enseguida, se apartó en aspectos importantes del proyecto de la Comisión Ciudadana, es claro que los legisladores tuvieron en ese proyecto su principal insumo de trabajo y que muchas de las propuestas novedosas que en él se establecieron finalmente pudieron adquirir fuerza de ley.

La LD contiene ochenta y cinco artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos. La primera cuestión a destacar del contenido de la LD es la que tiene que ver con el concepto de discriminación. El artículo 4 de la LD nos presenta el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es el siguiente:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Como se puede observar, el artículo 4 de la LD no se limita a transcribir el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.¹¹

¹⁰ El texto completo puede encontrarse en Miguel Carbonell, "Legislar contra la discriminación", en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

¹¹ En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la "Declaración y Programa de Acción de Viena" dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que "[e]l respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional" (párrafo 15; en el

En el proyecto ciudadano de Ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación la llamada “discriminación indirecta”; el artículo 4 del proyecto tenía un párrafo tercero de acuerdo con el cual “será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”. Fernando Rey Martínez define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo –aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación– como “aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”.¹²

Un segundo tema interesante del texto de la LD es el que tiene que ver con las cuestiones interpretativas. Los artículos 6 y 7 de la LD contienen algunas pautas interpretativas que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la propia Ley y que, en alguna medida, suponen una aportación novedosa para el ordenamiento jurídico mexicano.

El artículo 6 dispone que

...La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Como se puede apreciar, el artículo 6 incorpora como un canon hermenéutico de la LD a los instrumentos de derecho internacional relacionados con el tema de la igualdad y con la no discriminación. Esto significa que el intérprete, al darle sentido a alguna disposición de la LD, lo deberá hacer tomando en cuenta esos instrumentos. En el proyecto ciudadano el artículo 6 tenía una redacción más amplia y, a la vez, más concreta; el texto que había propuesto la Comisión Ciudadana era el siguiente:

mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia”, celebrada en Durban, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durban pueden consultarse en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla, (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2ª ed., Porrúa, CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

¹² Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64.

El contenido de esta Ley se interpretará tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas en los organismos multilaterales y regionales, particularmente las que se refieren a la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La actuación de las autoridades deberá apegarse a lo establecido por dichos instrumentos y a la interpretación de los mismos que hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Una cuestión muy novedosa y positiva del artículo 6 de la LD, que como se acaba de mencionar ya había sido incorporada en la propuesta de la Comisión Ciudadana, es que los intérpretes no solamente deben tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales, sino también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”, que se hayan expedido con fundamento en esos tratados. La consecuencia práctica de esta disposición es muy relevante; la LD incorpora al derecho mexicano un conjunto de recomendaciones y resoluciones muy amplio e importante, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹³ Así, por ejemplo, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las Observaciones Generales número 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contiene una cláusula de igualdad), las Observaciones Generales número 16 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU y las Recomendaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; entre otros textos normativos.¹⁴

Por su parte, el artículo 7 de la LD señala que “Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”. Este precepto también incorpora una novedad importante en materia de derechos humanos. Por una parte, asume una postura moderna en materia de interpretación jurídica al entender que un mismo texto puede

¹³ Una introducción al régimen jurídico de esas recomendaciones y a su significado para el ordenamiento jurídico mexicano puede encontrarse en Jorge Carmona Tinoco, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

¹⁴ Una compilación muy amplia de las Observaciones y Recomendaciones Generales expedidas por diversos Comités de la ONU en materia de derechos humanos puede verse en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*.

tener distintos significados posibles, varios de los cuales pueden ser perfectamente congruentes con lo dispuesto en la Constitución. Por otro lado, le señala al intérprete la obligación de elegir de entre esos significados el que mejor proteja a los grupos en situación de vulnerabilidad. Aunque la Ley no lo establece expresamente, se debe entender que al realizar esa elección el intérprete tendrá que justificarla y explicarla, lo cual exige una argumentación jurídica muy sólida y rigurosa.

El reconocimiento de que la Ley puede tener diversos sentidos interpretativos –uno o más de los cuales pueden ser válidos– y que, en consecuencia, no siempre hay una única respuesta correcta para todos los problemas, supone la aplicación de las más modernas teorías, no sólo en materia de derecho constitucional, sino también en materia de interpretación jurídica.¹⁵

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6 y 7 de la LD, que es una ley muy sensible al derecho internacional. No sólo porque explícitamente lo cita y lo recoge con notable amplitud, sino también porque de forma implícita toma varios textos de tratados internacionales y los convierte en legislación interna. Así por ejemplo, el artículo 3 de la LD dispone que

...Cada una de las autoridades y de los órganos públicos federales adoptará las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, de conformidad con la disponibilidad de recursos que se haya determinado para tal fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio correspondiente, para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las leyes y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el capítulo III de esta Ley.

Es evidente que el precepto transcrito está claramente inspirado en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo texto es el siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclu-

¹⁵ Sobre el tema puede verse la excelente obra colectiva: Eduardo Ferrer MacGregor, (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 tt.

sive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Quizá el texto de la LD podría considerarse una mala copia del artículo 2.1. del Pacto. El proyecto de la Comisión Ciudadana se había apegado de forma más estrecha a lo dispuesto por el Pacto; el texto de su artículo 3 señaló: “Cada una de las autoridades y de los órganos públicos adoptará todas las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para que toda persona que se encuentre en el territorio nacional goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Además de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, la LD también recoge influencias del derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en su artículo 2 cuando establece que

...Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Se trata de un precepto claramente inspirado en los artículos 9.2. de la Constitución española de 1978 y 3.2. de la Constitución italiana de 1947. El punto de partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de “igualdad sustancial”, que busca asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a aplicar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

El capítulo II de la Ley se denomina “Medidas para prevenir la discriminación” y contiene un solo artículo (el 9 de la LD). En ese precepto se realiza una enumeración prolija de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones en relación con varios de los grupos en situación de vulnerabilidad y que, respecto a cada uno de ellos, la Ley describiera las conductas discriminatorias más comunes que les afectaban (artículos 10 a 16 del proyecto); además, el proyecto ciudadano comenzaba el capítulo

de medidas contra la discriminación señalando claramente que las conductas discriminatorias podían ser realizadas tanto por autoridades como por particulares y que podían afectar a cualquier persona que estuviera en el territorio nacional, con independencia de su estatuto jurídico; el texto del artículo 9 del proyecto ciudadano fue el siguiente: “La presente Ley protege a toda persona o grupo de personas, nacionales o extranjeras, que puedan sufrir cualquier acto de discriminación proveniente tanto de las autoridades, los órganos públicos, así como de los particulares”.

Algunas fracciones del artículo 9 de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ir siendo progresivamente concretizados y dotados de sentido normativo por los intérpretes de la ley. Así, por ejemplo, la fracción XIII se refiere a la “dignidad e integridad humana”, pero no las define; la fracción XIX habla de “condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo, especialmente de las niñas y los niños” (se tendrá que precisar cuáles son esas condiciones); en la fracción XXIII se incorpora el concepto, muy difundido en el derecho internacional de los derechos humanos, de “trato abusivo o degradante”. Desde luego, que se tenga que precisar el sentido y alcance de sus contenidos posibles no implica que esos preceptos sean superfluos o innecesarios; al contrario, justamente por su deliberada amplitud pueden generar una actividad hermenéutica muy generosa en cuanto a la tutela contra la discriminación, siempre y cuando los intérpretes asuman posiciones progresistas y desligadas de prejuicios.

Algunas de las fracciones del artículo 9 se aplican claramente a las relaciones entre particulares, con lo cual la LD reconoce una de las tendencias más importantes del constitucionalismo de los últimos años.¹⁶

La Comisión Ciudadana consideró, con todo acierto desde mi punto de vista, que en países en los que, como sucede en México, existen paisajes sociales profundamente desigualitarios y expresiones discriminatorias tan arraigadas, es necesario tomar medidas drásticas (por llamarlas de alguna forma) para combatir la discriminación. Entre esas medidas se encuentran las que se suelen llamar acciones positivas o medidas de discriminación inversa.¹⁷

¹⁶ Sobre el tema, Miguel Carbonell, “Principio de no discriminación y relaciones entre particulares”, *Documento de trabajo*, núm. 79, IJ-UNAM, México, enero de 2006.

¹⁷ El concepto de las acciones positivas y su legitimidad han sido objeto de una intensa discusión en el ámbito del derecho constitucional y de la filosofía política en las últimas décadas; sobre el tema pueden verse, entre otras muchas, las siguientes obras: María Victoria Ballesterro, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996; Bianca Becalli (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999; vv.aa., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000; María Elósegui Itxaso, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003; David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Andrea Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999; Aída Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones posi-

Al diseñar el proyecto ciudadano de ley, la Comisión Ciudadana consideró oportuno que su propuesta contuviera algunas acciones positivas. El capítulo III del proyecto ciudadano llevaba por título, justamente, “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 17 a 23).

Siguiendo la metodología que ya se había elegido para el capítulo II, el proyecto identificaba medidas positivas específicas para los grupos en situación de vulnerabilidad; de esta manera, el proyecto establecía medidas positivas a cargo de los poderes públicos en favor de las mujeres (artículo 17), de las niñas y los niños (artículo 18), de las personas mayores de 60 años (artículo 19), de las personas con discapacidad (artículo 20), de la población indígena (artículo 21); también contemplaba medidas positivas a cargo de las personas físicas y morales no oficiales, en favor de las mujeres (artículo 22) y en favor de las personas con discapacidad (artículo 23).

Algunas de las medidas contenidas en los artículos mencionados eran ciertamente radicales, como reflejo del carácter progresista que distinguía a varios de los miembros de la Comisión Ciudadana; así, por ejemplo, el proyecto establecía una cuota del 50% de los cargos públicos administrativos y de representación popular en favor de las mujeres (artículo 17, fracción II); también disponía que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social quedara inscrita a nombre de la mujer o, en su defecto, a nombre de ambos cónyuges o convivientes (artículo 17, fracción III). El proyecto establecía porcentajes fijos (del 5%) del total de recursos destinados a la educación preescolar y básica para la atención de las personas con discapacidad (artículo 20, fracción III).

La LD siguió parcialmente el esquema del proyecto ciudadano, en la parte en que se identifica a los grupos en situación de vulnerabilidad en favor de los cuales se establecen las cuotas, quedando en su texto los mismos que había propuesto la Comisión Ciudadana (artículos 10 a 14 de la LD). Pero las medidas que fueron finalmente establecidas están redactadas de tal manera que dejan grandes espacios

tivas”, en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003; María Ángeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003; Karla Pérez Portilla, “Acciones positivas”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003; Luis Prieto, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004; Miguel Rodríguez Piñero, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, en *Persona y derecho*, núm. 44, 2001; Michel Rosenfeld, *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Elisa Sierra Hemaiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999. Un tratamiento original y muy lúcido del tema se encuentra en Ronald Dworkin, *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003. En México el mejor libro sobre la materia, hasta donde tengo información, es el de Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, IJ-UNAM, 2007.

de discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental para decidir el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados. Tomemos como ejemplo las medidas establecidas en favor de las personas mayores de 60 años; el artículo 12 de la LD dispone lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

- I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia.
- II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:
 - a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie.
 - b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos.
- III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Con independencia de lo afortunado de la redacción legislativa que finalmente quedó en la LD, lo cierto es que a partir de su entrada en vigor existe una obligación expresa para diversas entidades de la administración pública, a fin de hacer efectivos los mandatos de la propia ley. En el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que es emitido por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) conforme a lo establecido por el artículo 20, fracción II, de la LD, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el capítulo III de la propia LD.

A modo de conclusión

En los apartados precedentes se ha intentado aportar una descripción del marco jurídico en materia de igualdad de género y de no discriminación que tenemos en México, sobre todo en el ámbito federal. Para cerrar este ensayo quizá convendría realizar algunas reflexiones sobre las perspectivas y los temas pendientes en la materia.

El paso más importante que se podría dar en México para robustecer el marco jurídico del derecho a no ser discriminado consiste en la expedición de leyes locales en la materia. La Ley Federal, como ya ha quedado expuesto, supone un avance importante, pero cubre solamente una parte de las conductas discriminatorias (y una parte menor, si se me permite la observación). Va a ser muy importante que

los gobiernos locales tomen conciencia de la relevancia del tema y que se comprometan a realizar esfuerzos para expedir y hacer eficientes leyes locales sobre el mismo.

Otra cuestión que tendremos que abordar en los siguientes años tiene que ver con una posible reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.¹⁸ Luego de algunos años de experiencia práctica quizá convenga hacer distintos ajustes que la hagan más operativa. Uno de ellos seguramente deberá darse dentro de los preceptos dedicados a los procedimientos que lleva a cabo el CONAPRED, pues la actual regulación contiene algunas omisiones o imprecisiones que permiten, por ejemplo, que los particulares que enfrentan quejas ante el Consejo no se sientan del todo obligados a acudir al llamado de dicho órgano.¹⁹

Un tema que merece también ser revisado es el referido a las sanciones; si bien es cierto que debe evitarse la introducción de medidas penales para combatir la discriminación, también es verdad que la Ley Federal podría incorporar mecanismos que incrementen el grado de coerción de la misma; en particular, sería interesante establecer sanciones económicas para los particulares que discriminen (sanciones que podrían tomar la forma de multas y que deberían ser cuantiosas en algunos supuestos especialmente graves o cuando se dieran actos de discriminación reiterados por parte de algún particular).

Con todo, el marco jurídico es solamente un elemento dentro del conjunto de acciones que se deben tomar para combatir la discriminación en México y para avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Podemos tener buenas o regulares leyes, pero si los habitantes del país y sus autoridades no toman conciencia de la importancia del combate a la discriminación es muy poco lo que valdrán todas las regulaciones jurídicas. De hecho, actualmente uno de los principales obstáculos para una adecuada aplicación de la legislación existente es la escasa cultura de la no discriminación que sigue existiendo en México.²⁰

Los actos discriminatorios no son percibidos como tales y, en consecuencia, no son llevados ante las instancias que podrían sancionarlos. Existe una especie de “barrera visual” que nos impide darnos cuenta de los miles de actos cotidianos de discriminación que se cometen en el país. Por eso es que el trabajo sobre la represen-

¹⁸ Miguel Carbonell, *Estudio sobre la reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, México, CONAPRED, 2008, pp. 11-56.

¹⁹ Miguel Carbonell, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, CONAPRED, 2007, pp. 141 ss.

²⁰ Al respecto son muy ilustrativos los resultados de “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México” publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en junio de 2005; sus resultados pueden ser consultados tanto en la versión impresa como en la página web de la Secretaría <www.sedesol.gob.mx>.

tación cultural de la discriminación tiene tanta importancia. Constituye un requisito para poder aplicar en la realidad el marco jurídico que tengamos en la materia.

Para alcanzar el cambio cultural que necesitamos hay que estar advertidos de que la lucha contra la discriminación no es neutral, sino que supone romper con modelos de relaciones sociales que durante décadas han estado muy asentados. La ampliación del sufragio hacia todas las personas mayores de edad, la abolición de la esclavitud, el reconocimiento de los mismos derechos a las mujeres, la incorporación de los extranjeros a la ciudadanía plena, la equiparación de las uniones entre personas del mismo sexo, etcétera, son todas ellas conquistas que han venido a romper con ámbitos de “normalidad” que se pensaba que podrían durar para siempre. Todas esas luchas a favor de la igualdad y en contra de la discriminación son a la vez luchas por la dignidad humana y por la racionalización de la convivencia. Por eso es tan importante que estén apoyadas por el mejor ordenamiento jurídico que seamos capaces de construir.

GÉNERO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN MÉXICO: VIRTUALIDAD Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Francisca Pou Giménez

Introducción

El análisis sistemático de la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana desde una perspectiva sensible al género y a los problemas de justicia en contextos como los arreglos familiares, la sexualidad o la reproducción es una tarea que está todavía por hacer.¹ En estos ámbitos, como en tantos otros, el cuerpo del derecho heredado empieza a mostrar alguna fisura. Sea por la presión misma de los cambios que la sociedad ya ha experimentado, sea porque la perspectiva de género comienza a permear la universidad, sea por la creciente incomodidad frente al *status quo* que dejan translucir algunas reformas legislativas recientes –pensemos en

¹ En el contexto de este artículo no será necesario, a menos que se indique, conceder relevancia específica a la distinción sexo/género, orientada a enfatizar el carácter socialmente construido de las identidades de las personas y de los roles y expectativas de comportamiento a ellos asociadas (género), más allá de la base biológica que las distingue (sexo). La distinción sexo/género marcó profundamente el llamado feminismo de la “segunda ola” a partir de los años 60 y 70 y fue productivamente usada para denunciar el confinamiento arbitrario de las mujeres a ciertas funciones y para combatir las opiniones que presentaban como “naturales” muchas de las limitaciones que enfrentaban. Desde esta perspectiva, la distinción conserva su potencial crítico. Recientemente, sin embargo, han tomado protagonismo los análisis que enfatizan que la supuesta base biológica del sexo es también algo social, política y culturalmente construido. Butler (1993) desarrolló en su momento una influyente crítica a la supuesta realidad biológica del sexo, argumentando que la “materialidad” misma del sujeto debe ser entendida como algo performativo, abierto a la transformación. Saldivia (2010), por su parte, muestra con detalle que en el nivel biológico-genético las diferencias sexuales entre las personas deben ser visualizadas como un continuo y apunta algunos de los desafíos que plantea ser social y legalmente consecuente con ello.

la aprobación de las leyes federales y estatales sobre igualdad o violencia de género,² en la llegada de las cuotas de género al sistema electoral³ o en la profunda reforma del derecho de familia emprendida en el Distrito Federal—,⁴ parece que por fin se dan en México las condiciones para que las cosas empiecen a cambiar. En el transcurso de este proceso, los tribunales se ven confrontados con preguntas nuevas y no es seguro que vayan a poder mantener por siempre la tónica formalista y generalizadamente deferente con el legislador —el legislador de un sistema que es, en conjunto, profundamente patriarcal—⁵ que ha estado entre las constantes tradicionales de su jurisprudencia.⁶

² Véase *infra*, p. 79.

³ Las medidas pro-igualdad de género en las candidaturas presentadas por los partidos políticos a cargos legislativos se incorporaron al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en el 2002, estableciéndose un sistema de tope porcentual (70%) al número de candidatos de un mismo sexo. El nuevo Código electoral federal del 2008 dispone que las candidaturas deben tener al menos 40% de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad (art. 219). En el Distrito Federal se establecieron medidas similares en el 2003, con un porcentaje recomendado de 50% y máximo de 70% de candidatos del mismo género. El nuevo Código electoral capitalino, también del 2008, añade al sistema de tope para los candidatos escogidos por mayoría relativa previsiones más específicas y más ambiciosas (se mencionan porcentajes de 54% y de 50%) para las listas de representación proporcional y las candidaturas a jefes delegacionales (art. 224). Para una descripción y evaluación de los primeros años de funcionamiento del sistema (en el ámbito federal y en el Distrito Federal), véase Huerta y Magar, 2006. Los códigos electorales de los estados —con la excepción de Guanajuato, donde no se menciona el género, y de Nayarit, que cuenta sólo con una cláusula de buenos deseos— contienen también previsiones en el mismo sentido, tanto para las candidaturas a cargos legislativos como para la integración del gobierno municipal. El sistema de porcentajes ha sido analizado y declarado constitucional por la Suprema Corte en dos ocasiones: en la acción de inconstitucionalidad 2/2002, de 19 de febrero de 2002 (normativa de Coahuila) y en las acciones de inconstitucionalidad acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009, de 24 de septiembre de 2009 (normativa de Veracruz). En estas últimas, sin embargo, la Corte afirma que “los artículos 1°, 4° 41 y 116 constitucionales no contemplan la equidad de género en materia electoral como una exigencia a cargo de las Legislaturas Locales, de lo cual se desprende que pertenece al ámbito de libertad de configuración legislativa establecer acciones afirmativas o no” (p. 71), eliminando, por consiguiente, el fundamento constitucional del sistema.

⁴ La primera reforma extensa sobre aspectos como el matrimonio, el divorcio, la custodia o la patria potestad en el Distrito Federal es del año 2000. Entre las reformas recientes debe destacarse sin duda la introducción en octubre de 2008 del divorcio judicial sin invocación de causales —en contraste con el sistema de divorcio voluntario/necesario que regía hasta el momento— y la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en diciembre de 2009.

⁵ Véase, *infra*, nota 12.

⁶ El tradicional formalismo de la Corte mexicana y su pobre desempeño en materia de protección de derechos individuales (en contraste con su mejor trayectoria como institución garante de la división de poderes, lo que ahora suele denominarse su función de “árbitro”) son características que no suscitan gran discusión entre los analistas del tema (véase, al respecto, Helmke y Ríos-Figueroa, 2010, Magaloni, 2007; Magaloni, Magar y Sánchez, 2010) y que están, en cualquier caso, estrechamente ligadas al papel que venía desempeñando en el contexto del sistema político que prevaleció en el país durante setenta años (Cossío, 1998).

En este contexto, es lógico que exista una gran curiosidad por saber qué está diciendo la Suprema Corte en materias sensibles desde una perspectiva de género. ¿Hay ya signos de cambio en su jurisprudencia? Más allá de lo decidido en casos importantes pero extraordinarios, como el de la legalización trimestral del aborto discutido en 2008,⁷ ¿de qué modo está resolviendo nuestro más alto Tribunal los juicios laborales, civiles y penales en los que se baraja cotidianamente la equidad de género y la protección real de los reclamos de las mujeres?, ¿cuál parece ser el desempeño, desde la perspectiva que nos preocupa, del órgano que culmina la estructura de los tribunales federales encargados de controlar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad?

En el marco esbozado por las preguntas anteriores, este trabajo tiene dos objetivos principales, estrechamente relacionados entre sí. El primero es identificar y sintetizar (sección I) y comentar brevemente (sección II) un puñado de sentencias de la Corte en un área clásica, por así decirlo, de los análisis de género: la regulación de las estructuras familiares y de los derechos y obligaciones de las personas de distinto sexo en el interior de ellas.⁸ El análisis de sentencias recientes de la Primera Sala (la especializada en materia civil) sobre temas como las obligaciones alimentarias, el régimen patrimonial en la familia, las uniones de hecho, el reconocimiento o la impugnación de relaciones de filiación, las reglas sobre patria potestad y custodia o la regulación del divorcio, nos permitirá “tomar la temperatura” de la jurisprudencia de la Corte en un área acotada pero sin duda significativa desde la perspectiva que nos interesa.⁹

⁷ El caso del aborto (acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de agosto de 2008) debe calificarse, a mi juicio, de extraordinario por la intensidad de sus reverberaciones políticas y sociales, porque fue discutido bajo el escrutinio de actores que no se hacen presentes en la generalidad de los casos, y porque se desarrolló en un marco procesal distinto al habitual (se celebraron audiencias públicas donde los ciudadanos pudieron exponer ante los ministros sus puntos de vista, se recibieron todo tipo de documentos y *amicus curiae*, se recabaron dictámenes de especialistas, se difundió el proyecto de resolución en internet). En este sentido, no es representativo del modo en que la Corte resuelve cotidianamente los casos.

⁸ Dejamos, por tanto, para otra ocasión la búsqueda y análisis de resoluciones que (en caso de que existan) puedan reflejar el modo en que la Corte resuelve casos que involucran familias integradas por personas del mismo sexo o por personas que conviven bajo un esquema distinto al de pareja (familias de abuelas y nietos, agrupaciones estables de convivencia entre personas no biológicamente vinculadas, etcétera).

⁹ Como es sabido, el ámbito familiar ha sido para el feminismo un área privilegiada de análisis teórico y de acción política. El conocido eslogan “lo personal es lo político” es un modo rápido de aludir a los planteamientos tradicionales sobre este punto. Como destaca Satz (2004), son tres los argumentos básicos que han sido usados para explicar por qué los ámbitos de la familia, el sexo y la reproducción deben sujetarse a principios de justicia: 1) porque, a diferencia de lo sostenido quienes desean anclar la estructura tradicional de la familia en ciertos rasgos biológicos y psicológicos, se trata de una institución que desde siempre ha sido moldeada por el derecho, donde se dan las circunstancias de la justicia, de

El análisis tiene mucho de preliminar por varias razones. Primero, porque la selección de las resoluciones no tiene pretensiones de exhaustividad, se basa en el seguimiento personal de la jurisprudencia de la Sala durante los pasados cinco años (2004-2009) y está destinada a ser ampliada, profundizada y eventualmente revisada en el futuro; pero se trata, a fin de cuentas, de empezar e impulsar una tarea que hasta ahora no se ha hecho en México: el seguimiento real y sostenido en el tiempo de la jurisprudencia cotidiana de la Corte y su evaluación desde una perspectiva preocupada por la injusticia de género. En segundo lugar, el foco temático cubierto en esta ocasión es reducido: aunque los análisis de género en el ámbito familiar suelen referirse conjuntamente a las estructuras de pertenencia y vinculación familiar y a la sexualidad y la reproducción, no incluimos sentencias centralmente concernidas por estos dos últimos temas, ni la totalidad de las que tocan aspectos que podrían de algún modo relacionarse con las condiciones de entrada y salida de los esquemas de vinculación familiar y el reparto de cargas y oportunidades en su seno; el análisis tiene que ser, por tanto, sustancialmente extendido antes de extraer conclusiones globales sobre la jurisprudencia de la Corte en materia familiar –lo cual no quita utilidad, creo, a los avances parciales en la tarea–. Por último, debemos aclarar que el comentario de las sentencias partirá de bases evaluativas relativamente genéricas y compartidas desde la perspectiva de la equidad de género, aceptables por la mayor parte de corrientes que, aun reconociendo los límites del derecho como artefacto cultural irremediamente inmerso en el sistema que se desea cambiar mediante su uso, conceden que el modo en que, desde los órganos estatales, se deciden ciertos temas, repercute al menos parcialmente en el aumento o la disminución de las oportunidades de que disponen las mujeres.¹⁰

modo que la cuestión no es si el Estado debe o no intervenir, sino cómo y de qué manera debe hacerlo; 2) porque lo que ocurre en la familia incide en el tipo de personas que serán los futuros ciudadanos y porque la sociedad depende de la labor de cuidado y crianza que se desarrolla en gran parte en su seno, y 3) porque lo que ocurre en la familia limita o amplía de modo determinante las oportunidades de las mujeres en la totalidad de ámbitos de la vida.

¹⁰ Como es sabido existe un abanico muy amplio de corrientes, tanto en la academia como en el activismo, cada una de ellas con un entendimiento distinto acerca del tipo de injusticia, opresión o desventaja que las personas sufren por motivos de género, y cada una de ellas con ideas distintas acerca de qué es lo que puede contribuir a aminorarla o remediarla. Estos distintos puntos de vista suelen describirse distinguiendo entre el feminismo liberal (Friedan, 1963; Okin, 1989; Okin *et al.*, 1999; Nussbaum, 2000a y 2000b), maternal (Gilligan, 1982; Held 1995), radical (MacKinnon, 1987; 1989), agonístico (Mouffe, 1992; 2000; 2005), analítico (Cudd y Clenk, 1995; Fricker y Honrsby, 2000; Duran 2001), democrático (Benhabib, 1992; 1996), comunicativo (Young, 1990; 2000), postmoderno, postestructuralista o crítico (Butler, 1990; 1993; 2004; Frug, 1992), etcétera. (Para una descripción sintética de las distintas aproximaciones al feminismo véase Beltrán, Maqueira, Álvarez y Sánchez, 2001; Jaramillo, 2000; Jaramillo, García Villegas y Restrepo, 2006 (pp. 35-46) y McAfee, 2009). Así, por ejemplo, si para

Pero el artículo tiene un segundo objetivo general, que nos ocupará en la sección que sigue (sección I): desarrollar una reflexión destinada a expresar una cautela que a mi juicio debe acompañar cualquier proyecto interesado hoy en día en ponderar el grado de justicia/injusticia de género que prevalece en México mediante el análisis de sentencias de la Corte. En mi opinión, los límites intrínsecos del ejercicio no derivan de su recién aludido carácter preliminar y no exhaustivo, sino de rasgos que singularizan la dinámica del cambio social y del cambio jurídico que parece estar dándose. Como sostendré, en México se produce en estos momentos una interacción particular entre, por un lado, los signos de buena voluntad y cambio a los que me refería, reflejados fundamentalmente en la aprobación de un tipo particular de leyes sustantivas, y el mantenimiento, por otro, de factores y dinámicas que garantizan ampliamente su ineffectividad y dejan el *statu quo* fundamentalmente intocado. Tomar en consideración esta dinámica me parece importante para entender, por ejemplo, por qué encontramos sentencias sobre ciertos temas y no sobre otros (y por qué no las hay respecto de una infinidad de ellos), para entender qué puede influir en la obtención del tipo de decisiones judiciales que comento en la segunda parte del artículo y, más en general, para tener presente que, con independencia de la extensión y de la profundidad del análisis jurisprudencial, las conclusiones por él arrojadas están destinadas a ser poco representativas del estado de salud de la equidad de género en el país.

Acabará con un breve apartado conclusivo en el que la alusión a las reflexiones de la primera sección servirá para enfatizar que la visión del panorama más amplio en materia de cambio social/cambio jurídico debe necesariamente atenuar tanto el pesimismo como el eventual optimismo de las conclusiones alcanzadas por el análisis jurisprudencial.

algunos el derecho incide en la atribución de poder y oportunidades en la sociedad y puede ser productivamente usado para redistribuirlo, para otros ello no tiene impacto alguno en la erradicación de las verdaderas causas de la dominación masculina, y para otros más no sirve más que para invisibilizarla, renovarla o reforzarla; si para algunos la idea de reivindicación y reconocimiento de derechos, o el establecimiento de acciones positivas pro-género, son vías válidas en el camino hacia una sociedad más equitativa, para otros son modos de cooptación y desmovilización política, o el producto de acuerdos supuestamente democráticos que en realidad atraen el consentimiento de los desaventajados en la perpetuación de las condiciones responsables de su desventaja, o el reflejo del modo en que el poder se despliega difusamente en las estructuras que enmarcan la convivencia de las personas y moldean su misma conciencia de subjetividad.

I. Jurisdicción, cambio jurídico y cambio social en México

A mi juicio existen varios fenómenos conspicuos que deben tenerse presentes al momento de ponderar qué puede esperarse en México en términos de garantía jurisdiccional de derechos y pretensiones cuyo tratamiento jurídico moldea la justicia de los arreglos familiares. A continuación destacaré dos: los problemas derivados del tipo de material normativo que los jueces tienen entre sus insumos básicos al resolver casos (contenido de las normas y defectuosa estructuración del sistema de fuentes), y los problemas derivados de la alarmante falta de acceso a la justicia que prevalece en un país cuyo sistema de justicia constitucional excluye a la inmensa mayoría, marcado como pocos por el desprestigio del derecho a los ojos de la gente, su generalizada inobservancia y su fracaso como medio de organización de la convivencia.

a) El ejercicio de la jurisdicción constitucional en materias sensibles desde la perspectiva del género opera en México sobre un universo normativo muy heterogéneo y con deficiencias estructurales claras. Desde 1974 la Constitución Federal mexicana incluye una previsión orientada a poner un énfasis especial en la necesidad de garantizar la plena igualdad de mujeres y hombres,¹¹ y el país está incorporado al sistema mundial y regional de derechos humanos, en cuyo contexto ha firmado dos convenciones que lo comprometen a trabajar por cambiar una situación manifiestamente deficiente:¹² la Convención sobre la Eliminación de todas las

¹¹ La Constitución mexicana incluye no solamente una cláusula general de igualdad en su artículo 1º –según la cual “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, quedando “prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas–, sino también una previsión específica en el artículo 4º (que también consagra el derecho a la salud, el derecho a decidir de manera libre respecto del número y espaciamento de los hijos, el derecho a la vivienda y varios derechos de los niños): “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. A continuación el artículo 4º incluye una previsión con una presencia masiva en la jurisprudencia que comentaremos: “Esta [la ley] protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

¹² Hablar de desigualdad de género y de hegemonía o dominación patriarcal en México, me parece como a referir lo que los juristas llaman un “hecho notorio”, cotidianamente enfrentado en incontables modalidades: horarios laborales y escolares incompatibles con la convivencia familiar y con una asunción sostenible, o en su caso equitativamente repartida, de trabajo doméstico y labores de cuidado y crianza; precariedad laboral, diferenciales de ingreso y segregación laboral de roles; discurso público sexista y cultura popular machista, etc. El índice de diferenciales por género (*gender gap index*) que anualmente da a conocer el Foro Económico Mundial y que mide qué tan bien reparten los países los recursos entre hombres y mujeres con independencia de la cantidad global de ellos con la que cuentan, sitúa en el 2009 a México en el lugar 99 de un total de 134, lo cual representa una caída en 2 lugares

formas de Discriminación Contra la Mujer (la CEDAW, según sus siglas en inglés), adoptada por México en 1999 –el protocolo facultativo sobre monitoreo se firmó en 2001– y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (la Convención de “Belem do Pará”), ratificada en 1998.

Sin embargo, la estrategia adoptada para dar cumplimiento a estos compromisos internacionales y constitucionales no ha pasado en primera instancia por emprender una revisión exhaustiva y detallada de la legislación sectorial relevante, sino que se ha traducido en la emisión de una oleada de leyes generales “pro-igualdad de género”. Así, en el terreno federal se ha aprobado una “Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación” (2003), una “Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres” (2006) y una “Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia” (2007). El Distrito Federal ha aprobado entre el 2006 y el 2008 tres leyes homónimas, y los estados federados están haciendo lo propio: hasta el momento la totalidad de ellos ha emitido leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, 12 han aprobado leyes contra la discriminación y 12 más cuentan con leyes de igualdad.¹³

A mi juicio, de esta estrategia deriva un problema básico: permite al Estado mexicano dar la apariencia de haber pulcramente “adaptado” su ordenamiento legal a los compromisos mínimos internacionales en la materia (así como a algunas de las previsiones centrales de su Constitución), cuando en realidad se han emitido normas que los ciudadanos no tienen muchas formas de invocar cotidianamente ante los tribunales y que no se han visto acompañadas de una revisión ex-

respecto a la situación en 2008 (lugar 97) y de 6 lugares respecto de la situación en 2007 (lugar 93). El índice se elabora sobre la base de cuatro indicadores críticos de igualdad/desigualdad entre hombres y mujeres: participación y oportunidades económicas (salarios, niveles de participación y grado de acceso a ocupaciones que exigen alta formación), logros educativos (acceso a educación básica y a educación superior), empoderamiento político (representación en las estructuras decisorias) y salud y supervivencia (expectativa de vida y *ratio* por sexo). Todos los países de América Latina, a excepción de Guatemala, están por encima de México, que está mejor solamente que 35 países, la mayoría situados en las grandes áreas de influencia de la religión musulmana.

¹³ La existencia separada de “leyes de no discriminación” y de “leyes de igualdad” deja adivinar algunas superposiciones que, en efecto, se producen en algún grado. La diferencia básica entre estos dos tipos de norma es que las leyes contra la discriminación contienen previsiones para atajar problemas de desigualdad derivada del género, pero también la sufrida por otros grupos tradicionalmente desfavorecidos (personas de edad, discapacitados, portadores de VIH, niños [y en algunos casos jóvenes], personas sin techo, población indígena...), con cláusulas de protección general ante discriminaciones sufridas por cualquier motivo; además, estas leyes contienen ejemplificaciones bastante detalladas de qué conductas se consideran discriminatorias y cuáles no. Las leyes de igualdad se estructuran más como normas destinadas a comprometer a las autoridades con políticas pro igualdad “real” o “material”, que asignan estas responsabilidades a las diferentes esferas de gobierno y organismos que se crean *ad hoc*, prevén la formulación de “programas” y “sistemas” (nacionales, estatales) de igualdad y prevén su financiamiento con fondos públicos.

haustiva, desde la perspectiva del género, de la legislación sectorial que les será centralmente aplicada cuando acudan a ellos.

Las leyes de igualdad –muy parecidas unas a otras– son, en efecto, normas fundamentalmente situadas en el “mundo de las autoridades”: leyes que desarrollan definiciones, enumeran objetivos, establecen planes de acción, atribuyen responsabilidades y crean instituciones específicas de promoción y monitoreo; los ciudadanos pueden fundadamente esperar que su aprobación conduzca con el tiempo al desarrollo de políticas públicas que mejoren las cosas, pero los beneficios tangibles que su aprobación les garantiza son muy limitados. Las leyes contra la discriminación, por su parte –más concretas y ejemplificativas– conceden el protagonismo a mecanismos extrajudiciales de monitoreo, y su invocación cotidiana se enfrenta a la indefinición que aqueja a la ordenación del sistema de fuentes: del mismo modo que el uso cotidiano y directo de los tratados de derechos humanos encuentra por obstáculo el siempre inconcluso debate sobre su prelación jerárquica,¹⁴ la invocación de estas leyes se enfrenta a las oscuridades que rodean la determinación del *locus* regulativo de los derechos fundamentales en México¹⁵ y a

¹⁴ A diferencia de países como Colombia, Brasil o Argentina, que han hecho reformas constitucionales que clarifican la jerarquía y función de estos instrumentos en el ordenamiento interno, enriqueciendo así el conjunto de herramientas disponibles para reclamar la efectividad de los derechos, la Constitución federal mexicana contiene un artículo, el 133, cuyo contenido sigue el del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, según el cual “la Constitución, las leyes y los tratados son la ley suprema de la Unión”. La cuestión ha sido abordada interpretativamente por la Corte. El criterio que se ha venido aplicando estos años es el contenido en la tesis plenaria LXXVII/1999 (caso *controladores aéreos*), donde se establece que los tratados están jerárquicamente por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución. Recientemente, el asunto se rediscutió en casos que involucraban tratados comerciales, no de derechos humanos, pero no hubo, en cualquier caso, variación apreciable. Las tesis plenarios VIII/2007 y IX/2007 (caso *McCain*) se refiere a la existencia de un “orden jurídico nacional”, que ocuparía la cúspide del ordenamiento, en cuyo seno están la Constitución, inmediatamente por debajo los tratados y después de ellos las leyes generales emanadas del Congreso de la Unión; por debajo del citado “orden jurídico nacional” el resto de leyes federales, las estatales y la normativa municipal, cada uno en sus ámbitos de competencia. Sobre el tema de jerarquía de tratados, véase Cossío (2000) y Flores (2005).

¹⁵ No hay en México un tipo de norma que desempeñe el papel que en materia de regulación de derechos fundamentales desempeñan, por ejemplo, las leyes orgánicas en España o las leyes estatutarias en Colombia. Sin querer decir que estas opciones técnicas carezcan de inconvenientes, o defender que un sistema que centraliza en algún grado este tipo de regulación es necesariamente mejor que uno que no lo hace, no hay duda que otorgan claridad y definición al régimen regulativo de los derechos. ¿Debe la capacidad de emitir leyes reguladoras de derechos seguir las reglas del reparto competencial por razón de la materia entre federación, estados y Distrito Federal? ¿Qué papel está destinada a realizar en la regulación de derechos la recientemente reconocida categoría de “leyes generales”, emitidas por el Congreso de la Unión? ¿Sería exigible solicitar la aplicación de las leyes federales sobre derechos en los estados cuando son más favorables que las estatales aplicables respecto de las mismas cuestiones?

confusión que prevalece acerca de cómo deben articularse sus previsiones con las contenidas en la normativa sectorial en materia civil, penal, laboral o administrativa.

Y es que, aun cuando las “leyes de igualdad” mexicanas establecen de modo estándar que “con el fin de promover y procurar la igualdad en la vida civil de mujeres y hombres, será objetivo de la Política Nacional [o de la “Política Estatal”]: I. Evaluar la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, el *aggiornamento* normativo ha sido en muchos casos incompleto, superficial, o incluso internamente contradictorio.¹⁶ El derecho de familia, parte tradicional del derecho civil, cae centralmente dentro de la esfera de competencia de los estados y del Distrito Federal, no de la Federación, y si en algunas partes de México las reformas han sido profundas, en otras se han mantenido y confirmado¹⁷ previsiones propias del siglo XIX, aferradas al modelo de familia que contribuyeron a crear y estabilizar desde esa época,¹⁸ incompatibles con la igual consideración y respeto de mujeres

¹⁶ Por ejemplo, y aunque se trata de normas penales y en este caso concernientes al tratamiento de las personas en razón de orientación sexual, no de género, es difícil resistirse a mencionar el caso del Código Penal de Aguascalientes, que penaliza la discriminación contra las personas homosexuales (el artículo 205 bis, situado dentro del título que contiene los delitos contra el honor y la dignidad, establece que quien provoque o incite al odio a la violencia, o a negar o restringir derechos laborales por razón de orientación sexual, se le aplicará una pena de 6 meses a 2 años de prisión y de 15 a 50 días multa), el artículo 191 del mismo cuerpo legal, tras tipificar el delito de corrupción de menores, dispone que “cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ello adquiera el hábito del alcoholismo, o al [sic] uso de las sustancias establecidas en la Fracción III, o se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales la punibilidad será de 3 a 8 años de prisión y de 100 a 400 días de multa”. Este contrasentido es una especie de representación en pequeño del fenómeno general que deseo subrayar: se aprueba legislación nueva (el artículo 205 bis es del año 2001) para cumplir con la normativa de fuente internacional o los compromisos incluidos en las leyes genéricas contra la discriminación, pero se dejan en los libros previsiones incompatibles con ellos. (Agradezco a Esteban Restrepo Saldarriaga que llevara a mi atención los artículos anteriores y su abierta incongruencia.) En la legislación civil también hay ejemplos, algunos de los cuales tendremos oportunidad de encontrar más adelante (el problemático artículo 375 del Código Civil del Distrito Federal, analizado en el ADR 1903/2008, sigue incluido en el cuerpo de legislación civil más progresista del país). La Constitución federal misma retiene expresiones que —dado el modo en que han sido tradicionalmente interpretadas— deberían revisarse, como la que en el artículo 107, fracción III, establece que ciertas condiciones para la interposición del amparo no aplican “en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia”.

¹⁷ Pensemos que se trata de códigos que han sido objeto de muchas reformas —que no se han considerado, por tanto, necesarias respecto de los puntos que inmediatamente comentamos.

¹⁸ Como ha destacado Isabel Cristina Jaramillo, el ideal de familia que se consolidó en el siglo XIX es el ideal de la familia nuclear entendida como “orden natural” donde se queda articulada una “sexualidad natural” (heterosexual y monógama), una “reproducción natural” (heterosexual y con las madres como criadoras), una “producción natural” (fuera del hogar y a cargo de los hombres) y una “disciplina natural” (de los hombres sobre las mujeres y los niños y de las mujeres sobre los niños (Jaramillo, 2008, p. 267).

y hombres. Casos dramáticos los encontramos, por ejemplo, en el Código Civil de Jalisco (con reglas específicas para hombres y mujeres en puntos como las peticiones de divorcio motivadas por la existencia de hijos extramatrimoniales,¹⁹ las prohibiciones temporales de contraer matrimonio,²⁰ o las reglas de reconocimiento de los hijos²¹) o en el de Guanajuato (igualmente con reglas distintas para hombres y mujeres en materia de causales de divorcio²² y prohibiciones temporales de matrimonio,²³ pero además en la totalidad del régimen de obligaciones alimentarias²⁴ y en su confluencia con disposiciones sucesorias,²⁵ por no mencionar las alusiones a “las leyes o naturales fines del matrimonio”²⁶ y a la imposibilidad de que las personas pacten al casarse condiciones “contrarias a la perpetuación de la especie”,²⁷ el tratamiento de las consecuencias legales del adulterio,²⁸ o la persistencia de las categorías de hijos “naturales” y “adulterinos”).²⁹

Ser consciente de este particular panorama normativo ayuda de entrada a entender el tipo de cuestiones (incluso la terminología) presentes en la jurisprudencia de la Corte sobre los temas que nos interesan, pero también a avanzar en la elaboración de un diagnóstico general sobre las virtualidades de la vía jurisdiccional como herramienta de avance. La jurisdicción constitucional tiene un papel que cumplir en la denuncia y corrección de las desigualdades de género incluso en países con normativa ordenada y aceptable, pero si en México los problemas son tan burdos, cabe plantearse si no sería mejor tratar de resolver una buena cantidad de ellos de un modo más eficiente, impulsando unas cuantas reformas legislativas básicas.

b) Un segundo factor que debe enmarcar o complementar en todo momento el análisis jurisprudencial y la evaluación de sus resultados son los enormes problemas de acceso a la justicia que existen en el país, y que afectan especialmente a

¹⁹ Art. 404, fracción II.

²⁰ Art. 270.

²¹ Art. 504.

²² Art. 323, fracción II y fracción III.

²³ Art. 155.

²⁴ Arts. 342, 362, 377, aunque el 379 establece que lo mismo es aplicable a la mujer “cuando el marido se halle en las condiciones apuntadas”, lo cual no elimina todo el daño que la norma hace, como no es eficaz para alterar tampoco la previsión del art. 362, según el cual en el caso de los menores los alimentos comprenden la educación básica y lo necesario “para proporcionarle algún oficio, arte o profesión *honestos y adecuados a su sexo*”.

²⁵ Art. 2624, fracción V. También los arts. 2881, 2882 y 2883 contienen disposiciones relevantes desde la perspectiva de género.

²⁶ Art. 175.

²⁷ Art. 144.

²⁸ Art. 153, fracción V.

²⁹ Art. 70 y capítulo 3.

las mujeres en cuanto quedan, como veremos, subrepresentadas dentro de la exigua minoría que consigue acceder a los tribunales federales de garantía constitucional. Si ello no se toma en cuenta, mucho de lo que sucede en el terreno jurisdiccional en México no se entiende.

A mi juicio, la responsabilidad por los problemas básicos debe ser atribuida a la regulación y modo de operación práctica del juicio de amparo, la vía pensada para ser la puerta de acceso de los ciudadanos a un sistema judicial especializado en protección de derechos. En realidad, después de muchos años de andadura, el amparo se ha convertido en un procedimiento selvático e incomprensible, que obliga a recabar la asistencia de abogados súper-especializados (“amparistas”) mediante un desembolso económico sólo al alcance de una exigua minoría;³⁰ que, en cualquier caso –dado el régimen de improcedencia y sobreseimiento legalmente previsto–, muy pocas veces desembocará en una sentencia de fondo; que probablemente derive en un muy largo camino de amparos encadenados, y que con alta frecuencia enfrentará problemas de cumplimiento que deberán ser dilucidados en largos y rígidos procedimientos de “inejecución”, “queja” e “inconformidad”.³¹

En México, en efecto, y a diferencia de los modelos integrados en los que cualquier juez es juez de garantía constitucional, existe un sistema dual que separa la jurisdicción ordinaria (tribunales estatales y federales) de la constitucional (tribunales federales), lo cual obliga a los ciudadanos víctimas de una violación de derechos a recorrer sucesivamente dos sistemas de tribunales distintos. Además, la mezcla de “legalidad” y “constitucionalidad” hace que el amparo no constituya una vía preferente y sumaria de protección de derechos fundamentales. Pero además, la regulación de la legitimación, los requisitos de interposición y el régimen de procedencia de juicios y recursos difícilmente podría ser más restrictiva.

El sistema de legitimación activa previsto en la Ley de Amparo, por ejemplo, está todavía basado en la noción de “agravio personal y directo”, concebido y aplicado en la versión decimonónica de interés jurídico (no interés “simple” o interés

³⁰ La defensoría de oficio está ordinariamente presente sólo en casos penales; en materia civil, su labor no tiene un efecto perceptible.

³¹ Con todo, me parece que el problema básico que aqueja al sistema no es la tardanza en la resolución de los juicios –el rezago ha sido atajado eficazmente en los últimas décadas, que han visto multiplicar el número y el reparto geográfico de los tribunales federales de control constitucional–, sino lo poco que se consigue, en términos de solución real del problema planteado, en cada una de las etapas procedimentales y juicios que deben seguirse y, por encima de todo, la total oscuridad del sistema para un ciudadano interesado en conocer lo básico: qué tipo de problemas puede llevar a la justicia constitucional, a qué tribunales debe acudir y en qué momento, qué “papeles” necesitará, qué debe hacer una vez empiecen los procedimientos, qué resultado puede esperar del dictado de una sentencia favorable o desfavorable a sus pretensiones. Al lector curioso que crea que exagero lo invito a dar lectura al artículo 107 de la Constitución federal, dedicado a sentar las bases de la regulación del juicio de amparo. Ello le dará una idea de lo que encontrará si se anima a emprender la lectura de la Ley de Amparo.

“legítimo”), a lo cual se añade la inexistencia en el país de acciones colectivas o de grupo.³² Las reglas de legitimación pasiva, por su parte, no permiten su interposición contra actos de particulares, sólo contra los de autoridades públicas, cuya identificación completa y exhaustiva presupone conocimientos que los ciudadanos ordinariamente no tienen.³³ Tras ponderar si se está en el caso de interponer un amparo “indirecto” (contra la ley o contra un acto de aplicación no judicial de la misma) o un amparo “directo” (amparo contra sentencias), cuidando que la elección no sea errónea e impida además la posterior interposición de la otra vía,³⁴ lo más complejo será manejar la pretensión de uno dentro del sistema de reglas que dictan la posibilidad de desechar o sobreseer el juicio. Así, en los amparos indirectos será necesario, por ejemplo, pensar si la norma legal se tomará como “autoaplicativa” o “heteroaplicativa” –rasgo del que dependen los plazos temporales para la impugnación– y esperar que el juez competente no estime que el acto está consumado de modo irreparable, o “consentido” expresa o tácitamente, o que han cesado sus efectos, o que el otorgamiento del amparo no podría tener efecto, o alguna de las otras eventualidades contempladas en el artículo 73 de la Ley de Amparo. En los amparos directos, que no son la vía para denunciar vicios graves de procedimiento,³⁵ la detección de irregularidades procesales desemboca en órdenes de reposición de procedimiento (amparos “para efectos”) que segmentan la *litis* constitucional y retrasan el abordaje de las violaciones sustantivas.

Finalmente, y dejando de lado ahora la referencia a las restrictivas reglas que rigen la posibilidad de interponer recursos, hay que recordar que los efectos de los fallos de amparo son clásica y estrictamente inter-partes, sin que la Corte haya encontrado el modo de crear jurisprudencialmente fórmulas moduladoras que potencien o amplíen la virtualidad de sus decisiones, forzando a los ciudadanos a

³² Después de varios años de ponderar el tema, en diciembre de 2009 el Senado mexicano aprobó una reforma al artículo 17 de la Constitución que permitirá las acciones colectivas. Sin embargo, falta todavía la aprobación de la Cámara de Diputados, la ratificación de la reforma por parte de al menos 17 estados y la emisión de una reglamentación que facilite su puesta en funcionamiento.

³³ Es necesario identificar la totalidad de personas que ha tenido algo que en la “ordenación” o “ejecución” del acto reclamado debe ser notificada y llamada a juicio, pues quienes falten no estarán obligados a cumplir la sentencia.

³⁴ Las llamadas violaciones procesales “de imposible reparación” deben ser atacadas mediante la interposición ante los tribunales federales, en el transcurso del proceso judicial ordinario, de un juicio de amparo indirecto, no un amparo contra la resolución que le pone fin. El resto de violaciones procesales deben ser combatidas mediante la interposición de amparo directo contra la sentencia. Sin embargo, el juez de amparo sólo las tomará en cuenta si en el proceso ordinario han sido denunciadas formalmente en todas y cada una de las oportunidades existentes, en forma de interposición de todos los recursos previstos en la legislación procesal aplicable, pues de lo contrario se considerarán “consentidas”. La carga que impone a los ciudadanos este proceso (la consabida “preparación del amparo”) es muy alta.

³⁵ Véase la nota anterior.

tramitar su amparo si quieren verse libres de la aplicación de normas inconstitucionales.³⁶

El panorama anterior contribuye a explicar varias de las cosas que sorprenden cuando uno se acerca al acervo decisorio de la Corte. De entrada ayuda a explicar que la práctica totalidad de las sentencias se centren en temas que, en el contexto de la materia familiar, hay que calificar de “litigiosamente obvios”: reclamos sobre pago de pensiones, desacuerdos sobre repartición de patrimonio, controversias de divorcio, problemas en el establecimiento de vínculos de filiación, diferencias en materia de custodia y patria potestad. La magnitud de los intereses involucrados en estos desacuerdos es tan grande que, aquí y en cualquier país del mundo, las personas están normalmente dispuestas a ir a los tribunales si no pueden resolverlos por sus medios. Pero no llegan asuntos que toquen temas o derechos menos comunes –lo cual puede ser indicativo de que muchos desisten de plantear en los tribunales manifestaciones más sutiles de inequidad–; no hay todavía litigio en términos argumentalmente complejos.

Incluso en los ámbitos litigiosamente “obvios”, son muy pocos los casos en materia familiar que llegan hasta la Corte. Aunque he enfatizado que no haremos referencia exhaustiva a todo lo dicho en los últimos cinco años, los asuntos son en cualquier caso increíblemente pocos y, sintomáticamente, llegan en su mayoría por la vía de la contradicción de tesis, no vía amparo.³⁷ En un país con índices de desconfianza ciudadana en el derecho sin par en la región³⁸ y un sistema procesal diseñado y operado en los términos antes esbozados, el sistema de justicia constitucional es utilizado por una minoría exigua, aventajada en términos culturales, sociales y económicos³⁹ y mayoritariamente masculina –en el periodo 2004-2009, las

³⁶ Cuando la Corte o los Colegiados han fallado cinco veces en el mismo sentido, las declaraciones de inconstitucionalidad constituyen técnicamente “jurisprudencia”, obligan a los juzgadores inferiores y ello simplifica el procedimiento, pero en cualquier caso es necesario acudir a los tribunales y sortear los obstáculos procesales que pueden impedir llegar a la declaración de inaplicabilidad que se busca.

³⁷ Por tanto, son asuntos que llegan a la Corte a instancias de Tribunales Colegiados que han sostenido criterios distintos al resolver amparos, no a instancias de particulares. La sentencia que resuelve la contradicción unifica la interpretación y aplicación del derecho para el futuro, no tiene incidencia en los casos en los que se sentaron los criterios decisorios que se analizan.

³⁸ Sobre el tema de la desobediencia generalizada del derecho en México, veáse Pérez Correa, 2008, pp. 97-98 (apuntando a los muy distintos significados que las normas jurídicas tienen para las personas, de conformidad con las muy distintas funciones que de hecho desempeñan para unos y otros, y el modo en que su cumplimiento es visto por la mayoría como necesario sólo en la medida que es ineludible).

³⁹ Desafortunadamente, no contamos todavía con una investigación que otorgue base empírica cierta a algo que es por demás subrayado por cualquier seguidor de la labor de la Corte mexicana: que no hay asuntos interpuestos por personas indígenas; que sólo en casos penales llevados por defensores de oficio llegan casos de personas con escasos recursos económicos; que no hay litigio constitucional sobre una asombrosa cantidad de temas; que la Corte sigue inundada de casos fiscales (impugna-

mujeres representaban en promedio 33% dentro del universo de quejosos cuyos asuntos han llegado a la Corte en vía del amparo directo y 31.2% en vía de amparo indirecto.⁴⁰

II. Las sentencias

Las resoluciones que sintetizaré en este apartado atañen al género y a la libertad y equidad en la familia por motivos varios. Algunas se pronuncian, como veremos, sobre normas que usan expresamente las categorías hombre/mujer, marido/esposa, casado/no casado en la configuración de su contenido normativo, o resuelven diferendos en que las partes anudan explícitamente sus pretensiones a la condición de pertenecer a una u otra de estas categorías. La mayoría se centra en problemas transversales, formalmente neutros en términos de género, pero con una incidencia especialmente intensa sobre oportunidades o desventajas de las mujeres –y en esa medida ilustrativos de cómo se abordan cuestiones centrales para disminuir las desventajas de género y construir marcos de vinculación familiar más justos– o por alguna otra razón interesantes para observar el “utillaje” (imágenes, lenguaje, modos de deducir, evitar o evaluar) del juicio constitucional respecto de ciertas personas y pretensiones.

Su ordenación podía haberse hecho de varias maneras incluso tomando sólo en consideración el limitado número de categorías que encabezan los subapartados.⁴¹ También podrían haberse presentado bajo descriptores alusivos, por ejemplo, a las razones por las que son altamente comentables desde una perspectiva

ciones encaminadas a no pagar impuestos), etcétera. Para una descripción detallada de la dinámica jurídico-social que da vida a la llamada “industria del amparo fiscal”, con datos elocuentes sobre la cantidad de tiempo y recursos que su atención reclama en la Procuraduría Fiscal y en el Poder Judicial, y su costo en términos de lo que el fisco deja de ingresar, véase Elizondo Mayer-Serra, 2009, especialmente las pp. 352-354 y 356-370.

⁴⁰ Véase los anexos I y II. Se toman en consideración las personas físicas (no jurídicas), en el periodo 2004-2009 y la totalidad del universo de asuntos. Véase en los anexos el desglose global para el periodo 1995-2009 (personas jurídicas, mujeres, hombres) y la metodología. Agradezco mucho a Jacqueline Martínez, del área de Planeación de lo Jurídico de la Corte, que me proporcionara esta información. Naturalmente, para empezar a construir un diagnóstico sobre los diferendos entre mujeres y hombres en materia de acceso efectivo a la Corte, es necesario examinar muchas variables: qué tipo de actos o normas impugnan las mujeres, qué tipo de resoluciones obtienen, cuál es la *ratio* de desechamientos/admisiones, con qué tipo de representación y asistencia jurídica llegan, en calidad de qué acceden (actores, demandados, recurrentes, quejosos, terceros perjudicados...) y por qué vía procesal, etcétera.

⁴¹ Es claro, por ejemplo, que los asuntos de alimentos incluidos en el primero de ellos bajo el rubro “uniones de hecho” son simultáneamente casos sobre regulación de las rupturas, lo cual hubiera permitido agruparlos con los incluidos en subapartado de “divorcio”, al igual que el asunto sobre la pérdida de la patria potestad. En varios casos esta reordenación podría hacerse.

de género, con independencia de su tema general. La idea es, sencillamente, dar un cierto orden a una exposición que haré en términos neutros y algún detalle, con el objeto de facilitar una evaluación posterior que debe incluir todas las referencias temáticas cruzadas necesarias –las que haremos en la siguiente sección y todas las que podrían hacerse en un comentario más detallado.

Uniones de hecho

Un primer caso interesante, relacionado con el tratamiento de las uniones de hecho, es el ADR 1529/2007 (*repartición patrimonial en rupturas de uniones de hecho*).⁴² El amparo derivaba de un juicio de alimentos interpuesto por una mujer contra el hombre que había vivido con ella treinta años. Ella había trabajado cubriendo todas las tareas domésticas y el cuidado de los hijos y él en el sector transporte. Al separarse, ella solicitó parte de los bienes (la casa, dos microbuses) incorporados al patrimonio de su ex pareja durante los años de convivencia.

El juez de lo familiar falló en favor de la actora; aplicando analógicamente las reglas de la copropiedad, le reconoció derecho a parte de esos bienes, determinación que fue confirmada en apelación. Su contraparte interpuso entonces un amparo alegando que la legislación del Estado de México, a diferencia de la de otros estados, no reconoce en favor de la concubina derechos gananciales sobre los bienes adquiridos durante el concubinato. En su estado, sostenía, los efectos legales del concubinato se reducían al derecho a participar en la sucesión hereditaria y a recibir alimentos, de modo que era incorrecto equipararlo al matrimonio o aplicarle las normas propias de éste.

El Tribunal Colegiado le dio la razón. A su juicio, la Sala civil no debía haber homologado el concubinato y el matrimonio construyendo la figura de la copropiedad entre concubinos. Su resolución subrayaba que

la evolución legislativa que paulatinamente ha regulado el concubinato no ha llegado a la Legislación del Estado de México, de modo que el derecho sustantivo a la copropiedad de los bienes entre los concubinos, no existe, como por el contrario sí existe en el matrimonio, de tal manera que si bien sería deseable dar mayor protección a las concubinas, esto será materia legislativa, pero de ninguna manera a través de una sentencia que debe ajustarse por imperativo constitucional al texto expreso de

⁴² ADR 1529/2007, fallado por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2007. Mayoría de tres votos. Ponente: Silva Meza. En contra: Cossío Díaz, quien formuló voto particular, y Sánchez Cordero, que se adhirió al mismo.

la Ley vigente y la ausencia de tal legislación impide una interpretación que con lleve [sic] al acto de creación de una ley.⁴³

El razonamiento concluía que “si en la sentencia reclamada [se] consideró lo contrario, ello es violatorio del artículo 14 constitucional”⁴⁴ y otorgaba el amparo.

La señora interpuso revisión, pero la Primera Sala estimó que no se cumplían los requisitos para la procedencia del recurso porque el Tribunal Colegiado “no [había] desentrañ[ado] el sentido y alcance de un precepto constitucional”⁴⁵ –la única hipótesis de procedencia que podía prosperar en el caso–⁴⁶ y lo desechó.

El ministro Cossío suscribió un voto particular (al que se adhirió la ministra Sánchez Cordero) para expresar su total desacuerdo con el modo en que la Sala había sustraído relevancia a la “mención” del Colegiado al artículo 14 constitucional. En su opinión, tan pronto dicha “mención” se interpretaba en el contexto del caso, era claro que encerraba un pronunciamiento de enorme envergadura acerca del alcance del principio de legalidad, puesto que el Colegiado no sólo sostenía que no procedía aplicar analógicamente ciertas normas en el caso concreto, sino que en realidad desarrollaba una tesis general acerca de los límites del razonamiento por analogía en materia civil. La oportunidad de confirmar o corregir esa “interpretación directa” del artículo 14 de la Constitución, sostenía, daba base suficiente para estimar procedente el recurso, lo cual hubiera permitido a la Corte revisar a la luz de la Constitución la aplicación del derecho efectuada en el caso.

Sobre esta última, Cossío apunta que la sentencia del Colegiado se construye sobre premisas que no respetan el principio de legalidad ni el amplio juego que la Constitución concede al razonamiento por analogía en materia civil. El ministro considera que el llamado del Colegiado contra el peligro de que los jueces incurran en “actos de creación de una ley” si resuelven como los jueces civiles lo habían hecho (aplicando por analogía las reglas de la copropiedad), es incompatible con un entendimiento teóricamente viable de lo que son las normas jurídicas, las lagunas normativas o la operación de aplicar el derecho. Finalmente, Cossío denuncia los lamentables efectos de la sentencia recurrida desde la perspectiva sustantiva, su-

⁴³ Véase la transcripción incluida en las páginas 20-21 de la resolución de la Primera Sala.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁶ Como es sabido, el recurso de revisión, en los juicios de amparo directo, procede sólo excepcionalmente. Es la Corte quien conoce de la misma, pero sólo cuando la sentencia contenga una “interpretación directa de la Constitución” o un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una norma con rango legal o reglamentario, cuya resolución entrañe además el abordaje de una cuestión jurídica de “importancia y trascendencia” (art. 107, fracción IX, de la Constitución). La Corte ha emitido acuerdos generales que especifican los criterios con los que determina qué estima importante y trascendente a esos efectos.

brayando su desconocimiento de los derechos de la actora y del mandato constitucional de proteger a todas las familias, no sólo las de base matrimonial.

Pocos meses después, la Sala tuvo oportunidad de conocer otro asunto relacionado con la regulación de las uniones de hecho: la CT 163/2007-PS (*concesión cautelar de alimentos a convivientes de hecho*).⁴⁷ En este caso debía terciar en la dispar interpretación que dos Tribunales Colegiados de Veracruz daban al artículo 210 del Código de Procedimientos Civiles estatal. Dicho precepto establece que, durante la sustanciación del juicio de alimentos, los jueces pueden conceder una pensión alimenticia provisional si los acreedores justifican “con las correspondientes copias certificadas del estado civil, el vínculo matrimonial o su parentesco con el deudor alimentista”. Uno de los Colegiados había considerado correcta la revocación de la pensión provisional en un caso que involucraba a una pareja no casada porque el solicitante de la medida cautelar, decía, debía probar la urgencia de adoptarla y la apariencia de buen derecho mediante pruebas preconstituidas, siendo las copias de las actas del estado civil las únicas que la ley menciona. Ello, sostenía, no afectaba la posibilidad de los convivientes de obtener una sentencia de fondo favorable: únicamente los privaba de un beneficio durante la tramitación del juicio. El otro Tribunal, por el contrario, tomaba por premisa básica el hecho de que el artículo 223 del Código Civil estatal otorgara sin lugar a dudas a los concubinos el derecho a recibir alimentos si se cumplían los requisitos mencionados en el artículo 1568 del Código,⁴⁸ subrayaba el riesgo de dejar sin atender necesidades impostergables y concluía que, ante la obvia imposibilidad de entregar las actas en el caso de las uniones de hecho, el juez debía decretarlas si con la demanda se aportaban datos que reflejaran de algún modo su existencia (en las circunstancias referidas en el artículo 1568).

La Primera Sala coincidió sustancialmente con este último. La sentencia sostiene que negar la medida cautelar a falta de entrega de actas frustraría la eficacia de las previsiones estrictamente legales sobre el punto y llevaría, además, a un resultado incompatible con las previsiones constitucionales aplicables. Así, la Sala destaca que el Código Civil del estado regula de modo idéntico los deberes y derechos alimentarios de los casados y los de las personas cuya convivencia de hecho cumpla ciertos requisitos: “las posiciones de acreedor y deudor alimentario no dependen de que las relaciones familiares respectivas deriven de documentos públicos inscritos en el registro civil”.⁴⁹ Lo que ocurre en la regulación procesal paralela,

⁴⁷ CT 163/2007, fallada por la Primera Sala el 9 de abril de 2008. Mayoría de tres votos. Ponente: Cossio Díaz. En contra: Gudiño Pelayo y Valls Hernández, quienes formularon voto de minoría.

⁴⁸ El artículo exige que exista convivencia bajo un mismo techo, como marido y mujer, durante los tres años inmediatamente precedentes, o menos si se han tenido hijos, y que las personas hayan permanecido libres de matrimonio durante la relación de concubinato.

⁴⁹ CT 163/2007, pp. 47-48.

sostiene la Sala, es que existe una laguna normativa (un caso de legislación no expresa pero requerida) que no puede llenarse extendiendo el deber de entregar las actas a las uniones de hecho porque ello frustraría el trato igual previsto en el Código sustantivo y originaría un esquema asimétrico con procesos de “primera clase” y procesos de “segunda clase” –procesos sin medidas cautelares, en perjuicio, quizá, de la atención a necesidades de subsistencia.

La Sala subraya además que la opción perfilada es la más congruente con el imperativo de protección de la familia contenido en el artículo 4º de la Constitución mexicana. Tras referirse a la creciente diversificación de los modos de convivencia estable y aportar datos estadísticos sobre su huella en México, la Sala destaca que

...nuestro derecho obliga a equiparar a muchos efectos las familias articuladas en torno al matrimonio con aquéllas en las que el eje de vinculación es de una naturaleza distinta y evoluciona de este modo hacia un concepto de familia fundado en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. Los artículos 1º y 4º de la Carta Magna, como hemos visto, cierran paso a la imposición apriorística de un concepto jurídico sectario, estrecho y “predominante” de familia y obligan a interpretar de la manera más amplia lo que cabe dentro de esa noción cuando lo que está en juego son derechos y necesidades básicas de los individuos. Aunque la Constitución no prohíba cualquier distinción legislativa basada en un criterio como el matrimonio, sus imperativos hacen que las mismas deban ser analizadas siempre con mucho cuidado, y las vedan cuando afectan a derechos fundamentales de las personas.⁵⁰

La sentencia finaliza insistiendo en un punto respecto del cual la Corte mexicana –por sorprendente que parezca– había sido esquiva hasta hace poco, y que concentró buena parte de la discusión de los ministros sobre el caso: la necesidad de seleccionar la interpretación de la legalidad más armónica con la Constitución al momento de resolver contradicciones de tesis, con el objeto de hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución y su virtualidad informadora de todo el ordenamiento jurídico.⁵¹

⁵⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁵¹ Algunos ministros consideraban que hacer “interpretación conforme con la Constitución” les estaba vedado en las contradicciones de tesis, por ser esta vía procesal un cauce para resolver desacuerdos sobre la interpretación de la legalidad, no una vía para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Por ello la sentencia remarca que una cosa no quita la otra, distingue las dos situaciones y subraya que “seleccionar como criterio a prevalecer el que es más coherente con los contenidos constitucionales es hacer efectivo en el caso concreto lo que significa ‘legalidad’ en el Estado constitucional: interpretación y aplicación de la ley de un modo que hace presente la fuerza normativa suprema de la Constitución y su capacidad para moldear el entendimiento y la aplicación de todo el ordenamiento jurídico. Aunque en las contradicciones de tesis no siempre resulta necesario o imprescindible recurrir a los contenidos de

Los ministros Gudiño y Valls votaron en contra y suscribieron un voto de minoría. A su juicio sus colegas habían desplegado un razonamiento fundamentado en la igualdad sustantiva de las dos instituciones (matrimonio y concubinato) para alcanzar una conclusión igualitaria en el plano procesal, cuando a su entender esa igualdad no se produce. Los disidentes creen necesario mantener el debate en el plano estrictamente procesal, destacan la diferencia en el nivel de certeza aportado por las actas del estado civil en comparación con cualquier otro material probatorio presentable con la demanda y concluyen que es necesario aplicar literalmente el artículo 210 a todos los casos, aunque ello implique negar pensiones provisionales en los juicios alimentarios derivados de relaciones de concubinato.

Divorcio

A la Sala han llegado en los años recientes algunos otros casos interesantes relacionados, en sentido amplio, con la regulación de las rupturas. Uno de ellos es la CT 24/2004-PS (*indemnización compensatoria en régimen de separación de bienes*).⁵² En su contexto, la Corte se vio instada a determinar si la aplicación de la indemnización prevista en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal en los juicios de divorcio interpuestos con posterioridad a la entrada en vigor de esa norma, resultaba violatoria de la prohibición de retroactividad contenida en el artículo 14 de la Constitución Federal. El citado precepto, incorporado al Código Civil de la ciudad en julio del 2000, establecía que en los divorcios derivados de matrimonios con régimen de separación de bienes, el cónyuge que durante el matrimonio se hubiera dedicado preponderantemente al hogar y no hubiera adquirido bienes propios o lo hubiera hecho en proporción muy inferior a su cónyuge, podía solicitar al juez la concesión de una indemnización de hasta 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio por este último; el juez debía resolver atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.⁵³

las normas constitucionales para determinar cuál es la interpretación preferible de la legalidad vigente, señalar esos contenidos entre las razones por las cuales la Suprema Corte establece que un determinado criterio debe prevalecer es un procedimiento adecuado y legítimo en un Estado constitucional" (*Ibid.*, pp. 57-58).

⁵² CT 24/2004-PS, fallada por la Primera Sala el 3 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Cossío Díaz.

⁵³ Las previsiones del artículo 289 bis pasaron al artículo 267, fracción VI, del Código Civil del Distrito Federal tras la reforma de 3 de octubre de 2008. Además, el legislador del Distrito Federal cambió la terminología en línea con el razonamiento de la Corte en la resolución que nos ocupa, pues ahora ya no habla de "indemnización" sino de "compensación", la palabra usada por la Corte.

Uno de los Tribunales Colegiados había sostenido que el artículo 289 bis no podía aplicarse en juicios de divorcio derivados de matrimonios contraídos antes de su entrada en vigor, pues la indemnización en él prevista modificaba los efectos del régimen patrimonial pactado en su momento por los cónyuges y alteraba la expectativa de conservar la propiedad y administración de sus bienes en caso de divorcio. Aplicar el artículo a los demandados casados antes del 2000, apuntaba, vulneraba la garantía de constitucional de irretroactividad. El otro Colegiado sostenía por el contrario que conceder dicha indemnización no vulneraba la prohibición de retroactividad desfavorable, porque no constituía ninguna “sanción” o “pena” que se impusiera al cónyuge culpable,⁵⁴ sino una compensación al cónyuge inocente por haberse dedicado preponderantemente a actividades que lo imposibilitaron para adquirir bienes propios o para hacerlo en una medida comparable con su contraparte. Ello no alteraba, concluía, el régimen de propiedad de un modo contrario a la prohibición constitucional de retroactividad.

La Primera Sala decidió sobre la base de dos consideraciones básicas: primero, que no podía hablarse propiamente de retroactividad, puesto que el artículo contiene una previsión sobre divorcio –no sobre contracción de matrimonio– que se aplica a los divorcios que se produzcan a partir de la entrada en vigor, no a los anteriores; y segundo, que el Octavo Tribunal Colegiado había detectado problemas de retroactividad prohibida porque: i) no entendía adecuadamente la naturaleza de los regímenes económicos matrimoniales, y ii) no entendía adecuadamente la naturaleza de la compensación prevista en el artículo 289 bis.

La Sala destaca, en efecto, que el régimen de separación de bienes es, ante todo, un régimen económico para el matrimonio y, por tanto, condicionado en su naturaleza por ese hecho. Por ello no asegura un derecho subjetivo y definitivo a que la masa patrimonial de uno se mantenga intacta a menos que desee lo contrario. La Sala apunta que también en los matrimonios por separación, hay que destinar recursos al sostenimiento de la familia por vías cuyo impacto patrimonial es difícil de ponderar *ex ante*, que firmar separación de bienes no es un blindaje al cambio, que nadie adquiere un derecho a que su situación jurídica se rija por las normas vigentes al momento de casarse (y pone como ejemplo los cambios legales en materia de causales de divorcio), y que por ello el matrimonio debe pensarse no como un “contrato” sino como una especie de “acto condición” –un acto de voluntad que coloca a una persona en una situación jurídica general creada de an-

⁵⁴ En esta sección uso las etiquetas “cónyuge culpable” y “cónyuge inocente” por fidelidad descriptiva a lo que dicen las sentencias de la Corte, que en este punto citan simplemente lo que disponen todos los códigos civiles o de familia del país (menos, desde hace unos meses, el del Distrito Federal). Como haremos notar en la sección siguiente, estas denominaciones (y su total “normalización” dentro del discurso jurídico en materia de familia) son tremendamente indicativos de las nociones y presupuestos que han marcado la construcción jurídica de la familia en el país.

temano por la ley, cuyos contornos están fijados en atención tanto a la voluntad de los contrayentes como a otros intereses relevantes.

Por otro lado, la Sala señala que la medida prevista en el artículo referido no es una “sanción”, sino una compensación por los efectos que tiene desempeñar un trabajo que el mercado no remunera, lo cual puede llevar a situaciones de enriquecimiento o empobrecimiento injusto, y que es concedida sólo si el juez las detecta en el caso. Aunque los dos cónyuges deben contribuir a las cargas del matrimonio, destaca, las formas de contribuir tienen efectos muy distintos: mientras la contribución con dinero suele dejar una huella patrimonial real en el momento de la ruptura, el que contribuye mediante trabajo en el hogar y, en su caso, crianza de niños, no suele tener oportunidad de ver ingresar un remanente económico a su patrimonio. La previsión legislativa, concluye, toma en consideración el costo de oportunidad de no desarrollar el mismo trabajo en un ámbito en el que dejaría una huella económica en el patrimonio que las personas regidas por el sistema de separación y prevé una manera de atajar los casos en que los perjuicios parezcan excesivamente desproporcionados.

Un segundo caso a tener en cuenta es la CT 66/2006-PS (*confección de la demanda de divorcio en casos de violencia intrafamiliar*).⁵⁵ En su contexto, la Sala debía fijar el modo correcto de interpretar las reglas sobre confección de la demanda en el contexto de juicios de divorcio fundamentados en la existencia de violencia intrafamiliar. Las normas relevantes establecían que la demanda debía, entre otras cosas, “numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión”.⁵⁶

La diferencia interpretativa se producía porque uno de los Tribunales sostenía que, al ejercer la acción de divorcio necesario apoyada en la causal de violencia intrafamiliar, la citada previsión exigía al actor relatar específica y detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos por los que solicita la disolución del vínculo. Este órgano afirmaba que las víctimas de la violencia intrafamiliar tienen un recuerdo nítido e imborrable de los sucesos violentos,⁵⁷ y que la identificación detallada era imprescindible para dar al demandado la posibilidad de defenderse, refutando las afirmaciones de su contraparte, y para

⁵⁵ CT 66/2006-PS, fallada por la Primera Sala el 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Ponente: Gudiño Pelayo. Ausente: Sánchez Cordero. En contra: Cossío Díaz, quien suscribió voto particular.

⁵⁶ Los artículos relevantes en el caso eran el 255 del Código de Procedimientos Civiles de Durango y el 255 de Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que son literalmente iguales.

⁵⁷ En palabras del Colegiado: “resulta lógico y comprensible que cualquier acto que implique violencia intrafamiliar deja una huella profunda en la mente, pero sobre todo, en los sentimientos de la víctima, huella que por cierto es muy difícil de borrar; por lo que la víctima fácilmente puede recordar,

determinar si la demanda de divorcio había sido promovida dentro de los plazos legales. El otro Tribunal consideraba, por el contrario, que era suficiente con narrar ciertos datos, hechos y acontecimientos relacionados con la violencia familiar, sin necesidad de hacerlo de forma pormenorizada ni precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues los hechos de violencia familiar “tienen implícita la característica de que se pueden generar por conductas y omisiones ocurridas en diversos momentos, lo que aunado a la dinámica de la vida familiar en común, provoca que muchas veces no se recuerden de manera precisa o exhaustiva todas sus circunstancias”;⁵⁸ el Tribunal concluía que el juzgador debía tomar en cuenta lo narrado, la naturaleza de la causa de divorcio invocada y sus competencias de oficio en materia familiar para decidir acerca de la procedencia de la acción.

La Primera Sala inicia haciendo una distinción entre divorcio voluntario (por mutuo acuerdo) y divorcio necesario (basado en alguna de las causas listadas en el código), efectuando respecto del segundo una ulterior distinción que hay que transcribir literalmente: el “divorcio remedio”, definido como “aquel que se ejerce con fundamento en una de las causas, cuya naturaleza es la protección a favor de los cónyuges o de los hijos, contra enfermedades crónicas o incurables que padezcan uno de los cónyuges, que además sean contagiosas o hereditarias”, y el “divorcio sanción”, entendido como “el que se ejerce con fundamento en una de las causales que señalan un acto ilícito o bien un acto contra la naturaleza del matrimonio”. El divorcio-sanción (modalidad que cubre el basado en violencia), añade, trae como consecuencia, de manera ejemplificativa, la condena a pagar alimentos, la obligación de devolver las donaciones, la obligación de pagar daños y perjuicios al cónyuge inocente y la pérdida de la patria potestad sobre los hijos.

Pasando al tema central, la Sala sostiene que la demanda “debe narrar los hechos aludiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; entendiéndose por tiempo, el día, mes, año y hora en que sucedieron los hechos; por modo, la forma como sucedieron, describiéndolos del modo más exactamente posible, y por lugar al sitio o local en donde sucedieron”.⁵⁹ Ello, dice, por dos razones: una porque, dadas las consecuencias eventuales del divorcio derivado de violencia (antes apuntadas), es necesario para garantizar el derecho del demandado a defenderse –sin que las omisiones de la demanda le parezcan subsanables en el periodo probatorio, desde el punto de vista del derecho a la defensa–; y dos, porque ese grado de precisión es necesario para que el juez pueda analizar las cuestiones de procedencia de la acción. La Sala concluye destacando que “no es obstáculo” a la con-

muchas veces con lujo de detalles, las palabras y las acciones que le profirió el agresor, así como los lugares y épocas en las que sucedieron” (véase la transcripción de la página 7 de la sentencia de la Sala).

⁵⁸ CT 66/2006-PS, p. 8.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 27.

clusión alcanzada que el juez tenga facultades de oficio para analizar la procedencia conforme a elementos o pruebas rendidos durante la sustanciación del juicio o recabados a petición suya, porque “dicha facultad no puede llegar al extremo de poder perfeccionar, adicionar, completar, modificar o alterar los hechos en que se basa la demanda de divorcio”.⁶⁰

El ministro Cossío suscribió un enfático voto particular que contrapuntea todas las premisas de la resolución mayoritaria. En su opinión, la mayoría refleja un agudo desconocimiento de la naturaleza de la violencia doméstica y propicia que el derecho acabe dando respuestas ilusorias a los problemas que en teoría desea atajar. Tras describir el fenómeno de la violencia y aportar datos sobre su incidencia en México, Cossío destaca lo que los especialistas refieren acerca de sus efectos psicológicos sobre las víctimas, haciendo hincapié en la frecuente anulación de su capacidad de escapar a su situación, el impacto del paso del tiempo y los efectos “ciclo de la violencia” en relación con el buscado “olvido” de los episodios y concreciones específicas del fenómeno que se sufre. Una vez se toma todo ello en consideración, apunta Cossío, el estándar de la “pormenorización detallada” hace que personas que de por sí elevan muy pocas veces su situación a los Tribunales enfrenten dificultades casi insuperables para elaborar una demanda con posibilidad de ser admitida y unas cargas probatorias de la misma dimensión; finalmente, desarrolla un argumento para mostrar cómo quedaría igualmente garantizado el derecho a defenderse con un estándar menos restrictivo, destaca la importancia de las facultades oficiosas del juez y subraya el margen de que goza para separar la cuestión del divorcio de las otras consecuencias jurídicas que, según la mayoría, acarrea un divorcio necesario (criticando, en el camino, el manejo de las nociones de “divorcio-remedio” y “divorcio-sanción”).

En el ámbito temático que nos ocupa debe ser también objeto de atención el ADR 949/2006 (*régimen alimentario en Aguascalientes*),⁶¹ en el cual la Sala declaró inconstitucional un artículo del Código Civil de Aguascalientes (el 310) según el cual “[e]n los casos de divorcio [necesario] la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir”.⁶²

⁶⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁶¹ ADR 949/2006, fallado por la Primera Sala el 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Ponente: Valls Hernández. En contra: Silva Meza y Sánchez Cordero (quien formuló voto particular). Cossío Díaz suscribió voto concurrente.

⁶² Este artículo fue reformado en noviembre de 2007, con posterioridad precisamente a la sentencia que referimos. Su texto actual es el siguiente: “En los casos de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a recibir alimentos del cónyuge culpable, estos alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe de darlos y a la necesidad del que debe de recibirlos, durante el mismo tiempo que

El quejoso –un hombre– había sido amparado por un Tribunal Colegiado, por estimar que el Tribunal civil había decidido una desavenencia en materia de obligaciones alimentarias aplicando un artículo –el 310– discriminatorio para los hombres. Su ex pareja interpuso revisión ante la Corte, señalando que el precepto citado protegía al cónyuge inocente que, a raíz del divorcio, ve producirse cambios económicos en su vida, que proteger a la persona más desvalida mediante normas que tratan distinto a mujeres y hombres no genera una discriminación por razón de sexo, y que el mandato del artículo 4º constitucional de proteger a la familia obliga a atender a las circunstancias específicas que permitan lograrlo. La recurrente apuntaba que la sentencia infringía el principio de legalidad porque la inaplicación del artículo 310 ordenada por el Colegiado bloqueaba la aplicación de otras partes del sistema de obligaciones alimentarias que le hubieran permitido obtenerlos y debía considerarse un acto de violencia vedado bajo la Convención de Belém, pues el Poder Judicial mandaba a las mujeres de escasos medios el mensaje que no debían divorciarse, lo cual constituía un acto de violencia.

La Sala aborda estos planteamientos en una resolución larga, argumentada de un modo muy defectuoso (después nos referiremos a ella en razón de algunas de las cosas dichas al pasar) que permite observar de cerca rasgos del modo tradicional de “resolver” amparos en México –por ejemplo, el modo en que se declara improcedente el examen de los argumentos sobre el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en la aplicabilidad del resto del régimen alimentario y los relacionados con el derecho interamericano, por estimar que son consideraciones “de mera legalidad” ajenas a la materia del recurso⁶³ o “inoperantes” por alguna otra razón.⁶⁴

En cuanto al punto central, la Sala concluye que efectivamente el artículo discrimina a los varones. Después de transcribir algunos criterios de la Corte sobre el principio de igualdad y referir, a modo de búsqueda de las “razones del legislador”, el historial de reformas al régimen alimentario en el Distrito Federal –pues señala que el Código Civil de Aguascalientes no cuenta con exposición de motivos pero

duró el matrimonio o mientras no contraiga nuevas nupcias o viva en concubinato. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este Artículo”.

⁶³ La sentencia señala que el Colegiado no apoyó la declaración de inconstitucionalidad del artículo en la Convención, y que, en cualquier caso, si la Sala civil que conoció del asunto no hubiere observado la Convención, ello constituiría un problema de legalidad y no de constitucionalidad “porque no se estaría confrontando una disposición secundaria con algún precepto de la Constitución Federal” (ADR 949/2006, p. 22).

⁶⁴ Véase, *infra*, nota 76.

fue “copiado” en su momento del que era entonces el Código Civil para el Distrito Federal y la Federación—⁶⁵ la sentencia intenta una reconstrucción del contenido del artículo 310, con sus reglas tan distintas según los “culpables” o “inocentes” del divorcio sean hombres o mujeres, y concluye que el precepto discrimina a los hombres por razón de género.⁶⁶

La Sala considera que las obligaciones alimentarias previstas en el artículo 310 tienen una finalidad distinta a las que rigen durante el matrimonio; tras el divorcio, el deber de dar alimentos debe considerarse una sanción, un castigo para quien es declarado causante del divorcio y una compensación para la otra parte. Sobre esa base, considera irrazonable que la mujer “culpable” sólo tenga que satisfacerla si su ex marido “está imposibilitado para trabajar y no tiene bienes propios”, mientras un varón culpable debe hacerlo, según la norma, siempre que su ex mujer “no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente” y hasta un momento que “dependerá de la actitud que tome ésta una vez disuelto el vínculo matrimonial, derecho que, de proponérselo la mujer inocente, puede tornarse vitalicio”.⁶⁷ En estas condiciones, concluye, el precepto no cumple la función de ser un medio para sancionar a la mujer culpable, lo cual infringe la igualdad ante la ley que debe caracterizar la situación de los implicados.⁶⁸

El voto concurrente de Cossío apunta que la norma es discriminatoria tanto para los hombres como para las mujeres. Cossío parte de la necesidad de someter el artículo a intenso escrutinio —al articularse su contenido normativo explícitamente en torno al sexo y no ser una medida relacionada con el combate estructural a las causas de desventaja femenina, sino una norma que simplemente “reparte según el sexo”— y concluye que no lo supera. Si su finalidad, destaca, se asocia a

⁶⁵ El nombre completo de este cuerpo legal era “Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”.

⁶⁶ La resolución identifica el momento en el que la evolución legislativa sobre el punto en Aguascalientes se separa de la del Distrito Federal. En 1974, el legislador civil del Distrito Federal/de la Federación, en respuesta directa a la introducción ese mismo año del principio de igualdad entre hombre y mujer en el artículo 4^a de la Constitución Federal, sustituyó las referencias al “varón” y a la “mujer” en las normas sobre régimen alimentario por referencias al “cónyuge”. El legislador de Aguascalientes no hizo lo propio respecto del artículo 310.

⁶⁷ ADR 949/2006, p. 71.

⁶⁸ La resolución finaliza dedicando una sección a fijar los efectos del amparo, instando a la Sala civil a fijar los deberes alimentarios del señor sobre la base de la segunda parte del artículo 310 (que los condiciona a que su prospectivo receptor esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios), inaplicando los criterios de la primera parte (alusiva al derecho a obtenerlos cuando se vive honestamente y sin volver a casarse). El voto particular de Sánchez Cordero apunta que el quejoso no tenía interés jurídico para ir al amparo: dado que se duele de lo que un varón se ve en la necesidad de probar en un juicio de alimentos, en comparación con la nula carga probatoria que enfrentaría si fuese mujer, su argumento podría hacerse si fuera un cónyuge inocente víctima de estas previsiones, pero en el caso, el quejoso era cónyuge culpable.

la idea de “sanción” –la voluntad de diseñar un paquete de consecuencias jurídicas desagradables para quienes son declarados causantes de un divorcio que la otra parte quizá no deseaba– resulta instrumentalmente defectuosa, pues no se entiende que el paquete sancionador desaparezca para un hombre si su ex mujer se casa o pasa a llevar lo que pueda considerarse una “vida deshonesta”; ni se entiende que sólo castigue a la mujer que ha causado el divorcio en los casos en los que su ex marido no tiene medios de subsistencia. Si el objetivo del artículo se asocia, por el contrario, a la voluntad de obligar a las personas a atender en algún grado las necesidades de aquéllas con quienes han tenido un vínculo especial cuando no pueden hacerlo por sí mismas, apunta Cossío, la distinción por sexo tampoco es idónea, pues aunque la obligación de dar pensión al hombre cuando no puede trabajar o no tiene bienes sí resulta congruente, no puede decirse lo mismo de la otra porción de la norma –la que insta al hombre causante del divorcio a dárselos a su ex mujer aun si ésta tiene medios que la liberen de toda preocupación material, pero olvidándose totalmente de sus necesidades tan pronto ella se casa o vive “deshonestamente”. Por el uso de estos criterios Cossío considera que la norma discrimina también a las mujeres, pues inserta en el imaginario patriarcal tradicional, condiciona lo que les ocurra a decisiones de hombres (el juez que interpretará si vive “honestamente”, los “proveedores” que aparezcan o desaparezcan de su vida).⁶⁹

Por último, vale la pena hacer una mención a la CT 4/2007-PS (*efectos de la promoción del divorcio voluntario*).⁷⁰ En el caso, los Tribunales mantenían criterios distintos sobre la interpretación de normas civiles según las cuales las personas no pueden promover un juicio de divorcio necesario sobre la base de ciertos hechos cuando previamente hubieran otorgado a su cónyuge el perdón expreso o tácito respecto de ellos. La discrepancia se daba porque uno de los Tribunales estimaba que la interposición de un juicio de divorcio voluntario debía interpretarse como una concesión tácita de perdón respecto de los hechos que en ese momento pudieran fundar una demanda de divorcio contencioso: cuando las personas “acceden a solicitar” un divorcio por la vía amistosa contando con hechos que les darían base para hacerlo por la vía contenciosa, decía este Tribunal, debía entenderse que implícitamente los perdonaban, de modo que no podían esgrimirlos en el futuro si, por alguna razón, no prosperaban los procedimientos consensuales. El otro Colegiado consideraba que esta interpretación era insostenible: aunque la

⁶⁹ El voto cierra, al igual que la sentencia de mayoría, con un apartado que reflexiona sobre la construcción de los efectos de amparar contra normas que parecen ser a la vez infrainclusivas y sobreinclusivas, y apoya la determinación de la mayoría al respecto, como manera de no desconocer los intereses de la mujer involucrada sin sacrificar tampoco por completo los de su contraparte masculina, que era quien había pedido amparo contra una norma efectivamente declarada inconstitucional por la Sala.

⁷⁰ CT 4/2007-PS, de 17 de octubre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Silva Meza.

norma, efectivamente, tiene por objeto otorgar a los cónyuges la seguridad de saberse protegidos de la posibilidad de ser demandados por hechos que les han sido perdonados, el perdón sólo puede concebirse en un contexto en el que la persona abandona la pretensión de divorciarse y reanuda la vida matrimonial, hipótesis que evidentemente no se actualiza cuando, en lugar de eso, interpone un juicio de divorcio por mutuo acuerdo (que después por alguna razón queda inconcluso), pues ello no hace sino denotar claramente que no es su intención continuar la vida conyugal –lo esencial para que pudiera interpretarse como un “perdón”.

La Sala coincidió esencialmente con este último criterio: la solicitud de divorcio en vía voluntaria no puede considerarse una expresión tácita de perdón de las causas aptas para desencadenar un divorcio contencioso. Por ello no podía concluirse que formular dicha solicitud, antes de promover el juicio de divorcio necesario o durante su tramitación, originaba la extinción de la acción. La Sala destaca que es imprescindible que la conducta que se interpreta como perdón tácito otorgue certeza acerca de la existencia de la decisión, y la promoción de un divorcio voluntario no permite inferir sin lugar a dudas que la voluntad del que lo promueve es olvidar lo que le permitiría solicitar el divorcio contra la voluntad del otro: lo único que expresa con certeza es la voluntad de disolver el vínculo matrimonial que lo une con él.

Determinación de la paternidad

El ámbito del litigio sobre reconocimiento e impugnación de paternidad, campo tradicional también desde la perspectiva del enfrentamiento judicial de pretensiones entre hombres y mujeres empezó a cambiar con el visto bueno que hace unos años dio la Sala, por una estrecha mayoría, a la imperatividad de las pruebas de ADN. En la CT 154/2005-PS (*determinación de paternidad con pruebas de ADN*),⁷¹ la Corte debía determinar si, en los casos en que se ofrecía la pericial en materia de genética y el demandado se oponía a su práctica, podían decretarse en su contra las medidas de apremio (multa o arresto) establecidas en la legislación procesal o si ello supondría –como debatían los Colegiados– una violación de la intimidad o una “pena infamante”. La Corte señaló que la certeza sobre la identidad del progenitor es un principio de orden público incluido en el núcleo del derecho fundamental a la personalidad jurídica, del que depende el derecho a tener una nacionalidad y el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y en general a gozar de condiciones de vida adecuadas para su pleno desarrollo, y concluyó que podían decretarse medidas de apremio contra

⁷¹ CT 154/2005-PS, fallada por la Primera Sala el 18 de octubre de 2006. Mayoría de tres votos. Ponente: Cossío Díaz. En contra: Silva Meza y Gudiño Pelayo, quienes formularon voto particular.

presuntos progenitores renuentes, pero sólo para llevarlos a un lugar apto para la extracción del material orgánico, no para realizar la extracción misma de la muestra. La consecuencia de negarse debía ser presumir a todos los efectos que el re-nuente tiene la calidad de padre, salvo que éste aportara prueba en contrario.

La importancia de la determinación cierta de la paternidad mediante pruebas de ADN fue confirmada en un caso reciente, el AR 258/2009⁷² (*pruebas de ADN en procedimientos de desconocimiento de paternidad*), en cuyo contexto quien proponía la pericial era un hombre y quien se oponía a su práctica era una mujer. Ésta había solicitado al primero el pago de una pensión para cubrir las necesidades de las hijas, pero su contraparte alegó que no era el padre y solicitó la pericial de ADN. Cuando el juez admitió la prueba, la señora interpuso un amparo en el que señalaba que, a diferencia de lo que ocurre en los juicios en los que se busca el reconocimiento de la paternidad, en este caso la admisión de la prueba redundaba en una violación de los derechos de las menores, quienes podían quedar afectadas por la toma de muestras, el daño psicológico de ver que la persona a quien consideran su padre lo ponía en duda y por el posible efecto de la pérdida de esa relación de filiación en la cobertura de sus derechos y necesidades. La Sala confirmó, sin embargo, la admisión de la prueba efectuada por el juez, subrayando que la Constitución y la ley entendían la satisfacción de los derechos de las menores como algo mediado en parte por los vínculos de ascendencia y descendencia —esto es, por la voluntad de hacer que sean precisamente los ascendientes los que tengan una responsabilidad distintiva a tal efecto—, lo cual daba justificación para la práctica de pruebas necesarias para arrojar certeza sobre el punto.

En el ADR 1754/2007 (*plazos de impugnación de la paternidad para hombres casados con la madre*)⁷³ se analizó si el establecimiento de plazos temporales distintos en las impugnaciones de paternidad, uno para los hombres casados y otro para el resto de personas, resultaba discriminatorio por razón de sexo. Las normas relevantes daban un plazo máximo de 6 meses al esposo hombre para impugnar la paternidad de un hijo nacido de la mujer con quien estuviera casado, contado a partir del momento en que conociera la existencia del menor, y un plazo ilimitado (“en cualquier tiempo”) para cualquier persona interesada en impugnar la paterni-

⁷² AR 258/2009, fallado el 13 de mayo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Cossío Díaz. En contra: Gudiño Pelayo, quien suscribió un voto particular en el que se opone a las conclusiones de la mayoría porque estima que el actor en el juicio natural no tenía legitimación activa: dado que se trataba de menores cuya paternidad había sido reconocida por la persona que ahora solicitaba la práctica de la pericial en genética en el contexto de una unión de hecho. A juicio del ministro disidente, el tenor del artículo 201 del Código Familiar de Morelos obliga a considerar que el reconocimiento de paternidad es irrevocable en estos casos.

⁷³ ADR 1754/2007, fallado el 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Gudiño Pelayo. Voto concurrente de Cossío Díaz y Sánchez Cordero.

dad de un hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio entre ambos. El recurrente señalaba que esta distinción era discriminatoria, que la diferencia de plazo era injustificada y desproporcionada, y que el argumento del Colegiado, según el cual la justificación radica en la necesidad de proteger al hijo contra las consecuencias de un desconocimiento de paternidad inesperado, olvidaba que las afectaciones al padre –quien, si no reaccionaba en un plazo muy corto quedaba sujeto a muchas obligaciones respecto del menor– eran igualmente graves.

La Sala consideró que no había discriminación. La resolución subraya que las normas impugnadas se aplican a hipótesis tan distintas (para destinatarios tan distintos) que no se cumplían siquiera las precondiciones para iniciar un escrutinio de igualdad orientado a evaluar si la distinción descansaba sobre bases objetivas y razonables. Los ministros Cossío y Sánchez Cordero suscribieron un voto concurrente en el que, aun coincidiendo con la negación del amparo, rechazaban la decisión de no entrar a examinar la razonabilidad de las normas. A su juicio, en cualquier caso, la distinción tenía una finalidad razonable –hacer más difícil anular jurídicamente la calidad de miembro de una “familia matrimonial” atendiendo a las diferentes expectativas de continuidad y ayuda mutua asociados a los diferentes patrones familiares–, resultaba instrumentalmente adecuada para alcanzarla –pues limitaba temporalmente las posibilidades de alterar en ciertos modos la configuración de las unidades de convivencia fundamentadas en el matrimonio, aun reconociendo podía haber sido construida de un modo más preciso, pues se proyectaba a todos los que son formalmente cónyuges, con independencia de la existencia de convivencia real entre ellos– y no era desproporcional, porque otorgaba a personas como el quejoso seis meses desde el conocimiento del hecho, lo cual garantizaba razonablemente su posibilidad de cuestionar el vínculo, pero también daba incentivos contra una eventual pasividad excesiva en el ejercicio de sus derechos procesales.

Pero, sin duda, el caso más comentable de los decididos recientemente es el ADR 1903/2008⁷⁴ (*reconocimiento de hijos registrados como descendientes de hombres casados*), en el que la Sala no encontró motivos para declarar inconstitucional un artículo según el cual “el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo” (artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁷⁴ ADR 1903/2008, fallado por la Primera Sala el 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Ponente: Gudiño Pelayo. En contra: Cossío Díaz y Silva Meza, cada uno de los cuales suscribió voto particular.

El actor había solicitado la patria potestad, la corrección del acta de nacimiento y la concesión de un régimen de visitas respecto de una menor que aparecía en los documentos oficiales como hija del marido de la madre. El actor aportaba una prueba de ADN, practicada en su momento con su consentimiento y el de la madre, que acreditaba su calidad de progenitor con el habitual 99.9% de probabilidad. Los codemandados (la madre y su marido), sin embargo, negaron los hechos e hicieron valer la excepción de falta de legitimación activa, apuntando al contenido del artículo que hemos transcrito en el párrafo anterior. En primera instancia se admitió la prueba de ADN, pero el Tribunal de apelación revocó esta determinación y el Colegiado que conoció del amparo interpuesto por el actor declaró inoperantes e infundados sus argumentos, desplegando un razonamiento al que nos referiremos unos párrafos más adelante.

La sentencia de la Sala inicia con una reconstrucción detallada del historial de reformas del Código Civil de la ciudad sobre vínculos de filiación y “clasificaciones” legales de los hijos –elocuentemente informativa para los interesados en rastrear la construcción legal de la familia en México–, destaca que su mantenimiento en el Código obedece a la confluencia de dos corrientes de regulación legal muy distintas, pero a continuación inicia la argumentación central señalando que el artículo 374 no dice lo que aparentemente dice –lo que actores, demandados y Tribunales inferiores habían entendido que decía–: dado que el precepto usa la palabra “reconocimiento”, hay que entender que se aplica sólo en la hipótesis de que no ha sido reconocido previamente por nadie, pues sólo puede “reconocerse” a quien no tiene filiación; el precepto no estaría prohibiendo, por tanto, que una persona en la posición del quejoso inscriba en el primer momento un hijo nacido de su relación con una mujer casada, sólo que lo haga si el marido de ella lo ha reconocido con anterioridad. Pero en ese caso, dice la Sala, podría interponer una acción de “impugnación” de paternidad por la vía del artículo 368 del Código.⁷⁵ Por todo ello, la Sala concluye que el artículo 374 no es inconstitucional, pero otorga el amparo para el efecto de que la Sala civil reponga el procedimiento y tenga por intentada en realidad la acción prevista en el artículo 368, que permitirá al quejoso satisfacer su pretensión.

El voto particular que suscribió el ministro Cossío empieza con una crítica detallada, desde la perspectiva de género, del razonamiento vertido por el Tribunal Colegiado en la sentencia recurrida ante la Corte. Veamos un extracto de lo que el Colegiado había dicho:

⁷⁵ El artículo 368 dispone que “[e]l Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor” y que “la misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión”.

En efecto, el legislador, en los artículos 63 y 324, fracción I, de ese mismo ordenamiento, prescribió que se presumían hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los nacidos dentro del matrimonio, con lo cual estableció una presunción legal que se traduce en una regla en el sentido de que el hijo nacido durante el matrimonio tiene como padre al marido de la madre, presunción que evidentemente parte de uno de los derechos y obligaciones que derivan de las nupcias, que se traduce en el de fidelidad de toda esposa, por el exclusivismo sexual entre los cónyuges, y de aceptar que una acción como la indicada pudiera ejercerla cualquier persona, se desquiciaría el orden familiar, porque se pondría en duda la fidelidad de la esposa, partiendo siempre de imputarle infidelidad sin que hubiese un problema planteado por el marido; es decir, sin un desconocimiento o impugnación de legitimidad por parte de este último; por ello, el legislador reservó la acción de desconocimiento de la paternidad al marido, queriendo que sólo éste y no otro sea quien sustituya totalmente la situación que resultaba de la presunción legal por una nueva, al considerar que es el propio marido quien puede ser juez de su propia paternidad y el único en posibilidad de saber si la presunción que la ley estableció es o no fundada, todo lo cual, tiene como final propósito la preservación de la familia, pues considerar lo contrario vendría precisamente a sentar las bases para su desintegración, y al respecto debe tenerse en cuenta que al establecer el artículo 4º de la Constitución Federal que la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia, le ha atribuido el carácter de célula básica de la sociedad, según lo señala incluso la exposición de motivos de la reforma a dicho precepto constitucional, reconociéndola, así, como un subsistema de la sociedad, en la medida en que a través de ella se tiende a la conservación de la unidad estructural.

El voto desmenuza con algún detalle los presupuestos e implicaciones de un razonamiento tan prejuiciado sobre la familia: sus referencias exclusivas a la fidelidad de la mujer, su apelación al “desquiciamiento de la familia” de permitirse el reconocimiento de hijos en las condiciones previstas en la norma examinada, para a continuación evidenciar que sus riesgos no se asocian en realidad a su afectación de la “familia”, sino única y exclusivamente a los intereses del marido (pues el Tribunal halla la racionalidad del artículo en la necesidad de no permitir poner en duda la fidelidad de una esposa si no lo hace su marido); su retrato del marido-hombre-soberano en un ámbito privado donde sólo él decide si ciertos sucesos que involucran la vida de otras personas tendrán relevancia; su defensa de unas normas en cuyo contexto la mujer no sólo carece de medios para defender adecuadamente sus intereses frente a los del marido, sino que ni siquiera ve reconocida la titularidad de intereses distintos a los del marido, convirtiéndose en “un traje adecuadamente cortado a la medida de los supuestos ‘derechos’ de un solo titular: el derecho del marido-hombre al honor y al buen nombre, su derecho a determinar

su alcance en relación con ciertos acontecimientos, su derecho a controlar a los demás mediante el control jurídico de la sexualidad⁷⁶.

Posteriormente, Cossío critica también la sentencia de la Sala, por su construcción argumental —subrayando su artificiosidad y lo inviable de la interpretación sistemática hecha por la Sala en su renuencia a declarar la inconstitucionalidad del artículo 374— e insiste en el modo en que este precepto, según su intelección general, positiviza valores, derechos y obligaciones incompatibles con la Constitución, desequilibrando los intereses de los adultos involucrados y comprometiendo importantes intereses de los niños. El voto particular de Silva también cuestiona la reconstrucción dogmática del sistema de acciones de paternidad propuesta por la sentencia y concluye que al quejoso le es inevitablemente aplicable el artículo 374, que considera contrario al derecho de acceso a la justicia, al principio de igualdad y al derecho de los menores a conocer su identidad.

Patria potestad y custodia

Finalmente, haremos una parada breve en un ámbito —custodia y patria potestad— cuya huella en la jurisprudencia histórica lo hacen merecedor de un estudio separado, específico y detallado.⁷⁷ De los criterios sentados en los últimos cinco años y dejando de lado ahora los que tratan cuestiones centralmente relacionadas con los derechos e intereses de los niños y con rasgos de su mecánica jurídica general —aunque también sean importantes e ilustrativos desde la perspectiva que nos interesa— destacaremos dos.

El primero es la CT 21/2006-PL (*efectos del abandono del hogar en la patria potestad*),⁷⁸ donde el Pleno resolvió una contradicción de criterios entre las dos salas de la Corte. El diferendo exigía determinar si una norma que impone la pérdida de la patria potestad como consecuencia de una declaración de divorcio por abandono injustificado del hogar conyugal por más de seis meses debía ser considerada una “sanción civil” contraria a lo establecido en el artículo 22 de la Constitución.

⁷⁶ ADR 1903/2008, p. 10 del voto.

⁷⁷ Según he podido revisar, a diferencia de lo que ocurre respecto de otras cuestiones, la jurisprudencia de la Corte, de los años 40 para acá, referida a estos dos temas, es notablemente amplia —también la de los Tribunales Colegiados sobre los mismos temas— y en conjunto ofrece un reflejo increíblemente elocuente de lo que ha sido el papel del derecho y el ejercicio de la jurisdicción en la ordenación jerárquica de las oportunidades a lo largo de (*inter alia*) líneas de género. Muchos de los criterios son de la ahora extinta Tercera Sala.

⁷⁸ CT 21/2006-PL (nótese que este asunto fue fallado por el Pleno, no por la Primera Sala), fallado por el Pleno el 28 de junio de 2007. Mayoría de seis votos. Ponente: Luna Ramos. En contra: Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón y Ortiz Mayagoitia.

Por la mayoría más estrecha, la Corte dijo que sí. Según se subraya, el artículo 22 prohíbe las sanciones excesivas de cualquier tipo (penales, administrativas, civiles, etcétera), incluidas las que afecten a terceras personas vulnerables y no involucradas, así como las que no contiene reglas que permitan a las autoridades aplicadoras ajustar su monto o cuantía a la gravedad de las conductas. Y esto es lo que sucede, señala el Pleno, con la norma examinada, que no es graduable e impide al juzgador valorar la pertinencia de aplicar o no la medida en atención a las particularidades del caso concreto, pudiendo afectar desproporcionalmente al cónyuge culpable –que perderá la custodia del menor y podrá verse totalmente marginado de participar en su formación y en la administración sobre sus bienes– así como al interés superior del niño (no siendo el abandono del hogar equivalente al abandono de los hijos).

El segundo caso es el ADR 1076/2007 (*preferencia de la mujer en la adjudicación de la custodia*),⁷⁹ en cuyo contexto una persona del sexo masculino cuestionaba ante los jueces de control constitucional la decisión de los tribunales civiles de otorgar la custodia de sus hijos a su expareja mujer. El actor señalaba que su contraparte “no es una madre de tiempo completo, pues tiene actividades económicas fuera del hogar, incluso fuera del estado [...] lo que se hace valer, no para decir que no es apta para cuidar a los menores, sino para ilustrar que es objetiva y subjetivamente igual que el quejoso, que sus condiciones y circunstancias son iguales y que por lo tanto se les debe tratar como iguales”.⁸⁰ En segundo lugar señalaba que la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicado a su caso por los tribunales civiles para adjudicar la custodia, violaba la igualdad entre hombres y mujeres garantizada por los artículos 1º y 4º de la Constitución. La fracción citada dispone que cuando no hay acuerdo entre las personas que se están divorciando acerca de quién estará a cargo de los menores, el juez determinará de forma provisional con quién quedarán, y si son menores de siete años, decretará en principio que quedan al cuidado de la madre, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

La Sala no aborda el primer planteamiento –el relativo a los méritos relativos de uno y otro progenitor para tener la custodia de los niños– por considerarlo “inoperante”.⁸¹ al ser una mera repetición de lo alegado por el quejoso en la primera ins-

⁷⁹ ADR 1076/2007, fallado por la Primera Sala el 22 de agosto de 2007. Mayoría de tres votos. Ponente: Valls Hernández. En contra: Cossío Díaz y Gudiño Pelayo, quienes formularon voto de minoría.

⁸⁰ Véase la transcripción (no entrecomillada) que se encuentra en la página 8 de la sentencia.

⁸¹ La declaración de “inoperancia” de los argumentos es por ser repetitivos de los presentados inicialmente en la demanda de amparo directo ante el Tribunal Colegiado, circunstancia de la cual se predica que entonces “no controvierten” lo dicho por la sentencia de este último en respuesta a ellos, no siendo consiguientemente aptos para fundar un recurso en su contra, es una práctica jurisdiccional estándar en la Corte. Hay varios motivos o razones por las cuales un argumento podrá ser declarado ino-

tancia del amparo, en realidad se trataba de planteamientos ya abordados por el Tribunal Colegiado. Para mostrarlo, la Sala transcribe parte de las consideraciones de la sentencia recurrida que, de nuevo, es conveniente conocer en su tenor literal:

Tal disposición no infringe la garantía de igualdad. Ya se ha explicado lo que tal principio implica. Trasladado al plano familiar, es claro que la igualdad jurídica de los cónyuges expresa la igualdad humana, pero incluida la natural diferencia entre hombre y mujer. De ningún modo significa que hombre y mujer sean absolutamente iguales y sustituibles uno por otro. Hay dualidad entre los sexos que les permite colaborar entre sí y precisamente por ello, se complementan.

La diferencia entre hombres y mujeres es corpórea, y la igualdad entre ellos tiene otros alcances, uno de ellos, su idoneidad para formar la pareja conyugal. Por esta razón, los consortes gozan de la misma dignidad y de iguales derechos respecto al matrimonio.

En efecto, en cuanto a los deberes-derechos de los esposos, la ley establece aspectos de igualdad, como en lo patrimonial o en la asistencia con relación a los demás integrantes de la familia. La igualdad de los cónyuges predomina, y sólo requiere considerar las excepciones que atienden a las diferencias naturales a que se ha hecho referencia. Una de estas excepciones es la contemplada en el artículo 282, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal.

No es difícil destacar la razonabilidad de la solución legal que dicho numeral propone para decidir sobre la custodia de los menores de siete años, pues responde el mayor apego y dependencia de los niños de esas edades hacia la madre, quien es considerada apta por cuestiones físicas o naturales.⁸²

Constatado entonces, simplemente, que los argumentos del quejoso en el plano de la aplicación de la norma habían sido ya contestados, la Sala pasa a examinar la constitucionalidad de la norma misma y la declara válida. A su juicio, la norma no es inconstitucional porque, “aunque en principio otorga un trato desigual entre padre y madre, ello no constituye una regla que el juzgador tenga que adoptar ineludiblemente en todos los casos”.⁸³ La Sala considera válida “la presunción [legal] de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente porque si bien ello tiene sustento en la realidad so-

perante en un juicio de amparo (directo o indirecto, conocido por un juez, por un Tribunal Colegiado, o por la Corte) y todos ellos remiten, en teoría, a aspectos “prohibidos” por la regulación procesal del amparo; la consecuencia es, sin embargo, común en todos los casos de inoperancia: el juzgador no entra al estudio del argumento. En los amparos directos en revisión, la inoperancia de la totalidad de argumentos formulados conduce al desechamiento del recurso, al no examen de lo planteado. Es difícil exagerar lo increíblemente problemático y lo increíblemente determinante que resulta el recurso a las “inoperancias” en el desarrollo de los procedimientos de garantía constitucional en México.

⁸² La transcripción se encuentra en la página 15 de la sentencia de la Sala.

⁸³ *Ibid.*, p. 46.

cial y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del menor⁸⁴ (el criterio que los tratados internacionales obligan a priorizar), permitiendo la ley adjudicar la custodia al padre si éste “demuestr[a] que la conducta de aquélla puede ser dañina para la salud e integridad de los hijos”.⁸⁵

Los ministros Cossío y Gudiño votaron en contra y suscribieron un voto de minoría para destacar lo lamentable de que, por circunstancias relacionadas con la configuración de la *litis* a lo largo de las distintas instancias, la Sala terminara por pronunciarse en el caso sobre las reglas de custodia provisional (a regir sólo durante la tramitación del juicio), contenidas efectivamente en la fracción V del artículo 282, y no sobre el régimen de custodia definitiva, previstas en el artículo 283, como hubiera exigido la situación real del caso. Estar en uno u otro contexto, apuntan, altera por completo los contornos de la discusión de fondo.⁸⁶

III. La mirada de la Sala⁸⁷

El objetivo de la sección anterior ha sido sacar a la luz una jurisprudencia que no siempre tiene suficiente visibilidad y presentarla de un modo que deje apreciar en algún grado su textura —esto es, que no dé cuenta solamente del sentido de las decisiones, sino también la manera en que la Corte visualiza, construye y maneja las piezas que llevan a ellas.

Lo que pueda decirse sobre este cuerpo decisorio cuando se pasa del plano descriptivo al evaluativo depende por completo de las preguntas que se hagan y,

⁸⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁵ *Ibid.* La sentencia es ambigua respecto de si el cambio de titularidad en la custodia debe basarse en una comprobación de no-idoneidad que el padre tiene la carga de probar —como parece sugerir la frase transcrita— si el juez puede determinarlo siempre que así lo aconsejen las circunstancias del caso a la luz del estándar del interés superior del menor —como parece sugerir, tomada en su globalidad, la argumentación al respecto.

⁸⁶ Los disidentes no acaban de perfilar, sin embargo, una posición sobre esta discusión de fondo. El voto incluye un segundo apartado que se refiere a las reformas a las reglas de custodia hechas en 2004 y en 2007 en el Distrito Federal, y reflexionan, para cerrar, sobre las características que deben tener las estructuras y procedimientos judiciales para permitir a los jueces de familia desplegar adecuadamente las funciones que tienen encomendadas bajo estándares normativos ya muy distintos a los tradicionales.

⁸⁷ Juego aquí con el título del interesante libro impulsado por la Red Alas, *La mirada de los jueces* (Motta y Sáez [eds.], 2008), dedicado a analizar jurisprudencia latinoamericana desde la perspectiva del género y la sexualidad. Salvo puntuales incursiones (pp. 217, 540, 541) no revisa jurisprudencia mexicana.

como hemos destacado al principio de este artículo, es un rasgo distintivo de los análisis de género la diversidad de opiniones respecto de cuáles son las preguntas pertinentes. Ciertamente parecería haber entendimientos compartidos suficientes para hacer algunos comentarios inmediatos sobre varias de las sentencias y votos revisados —es difícil no pensar, por ejemplo, que la sentencia sobre los requisitos de la demanda de divorcio en casos de violencia es una mala decisión desde la perspectiva de la adecuada protección de una gran cantidad de pretensiones sustantivas, que contribuirá a mantener el matrimonio como un terreno frecuente de daño y subordinación de los más vulnerables; es difícil no concluir que la Corte contestó de modo razonable en la CT 24/2004 los argumentos que presentaban la modulación del régimen de separación de bienes realizada en el Distrito Federal como un ataque a los derechos adquiridos; es difícil no pensar que la sentencia del ADR 949/2006 debería haber enfatizado los problemas que la norma impugnada planteaba para las mujeres, no sólo para los hombres—, pero en cualquier análisis más detenido, las conclusiones variarán al compás de la variación de las premisas desde las que se emprenda.

Mi objetivo en las páginas siguientes no es, en cualquier caso, hacer un comentario individual de las decisiones revisadas —que extraiga sus pros y contras desde una u otra teoría sobre la libertad y la justicia en la familia⁸⁸ o trate de darles algo así como una “calificación global—, sino destacar varios rasgos transversalmente presentes en la jurisprudencia examinada. Estos rasgos capturan, a mi juicio, contornos básicos de la actual mirada de la Sala sobre las cuestiones de género, y su identificación puede ser útil con independencia de la perspectiva desde la que se emprendan después evaluaciones más específicas.

Los puntos que destacaré son los siguientes: a) la jurisprudencia de la Sala usa las estructuras y recursos argumentales propios del entendimiento formalista del derecho de un modo que permite mostrar como adecuada la evitación formal de las cuestiones relevantes desde la perspectiva de la justicia de género; b) cuando la conformación de la *litis* hace inevitable el pronunciamiento directo sobre ellas, se inclina por estrategias minimalistas que la llevan a decir lo menos posible o a mantener silencio frente a decisiones o estados de cosas deficientes desde la perspectiva referida; c) lo que efectivamente acaba diciendo la Sala es distintivamente heterogéneo: en su seno conviven ahora lenguajes y paradigmas opuestos, imponiéndose a veces unos y a veces otros, alternancia que no alcanza a difuminar, sin embargo, la poderosa persistencia del modelo patriarcal de relaciones familiares; d) los pronunciamientos emergen de votaciones sistemáticamente divididas, toma-

⁸⁸ Véase en la contribución de Isabel C. Jaramillo a la obra citada en la nota anterior (pp. 268 y ss) una breve descripción de las posiciones generales sobre la familia del feminismo liberal, el feminismo cultural, el feminismo radical, el feminismo socialista y el feminismo crítico.

das tras discusiones cuya intensidad deja huella en forma de votos separados, lo cual hace imprevisible el curso de la jurisprudencia futura y abre un espacio considerable para cambios que, efectivamente, se producen –tanto en la jurisprudencia misma como en su confluencia con la acción del legislador.

Formalismo intensivo como mecanismo de invisibilización

Uno de los rasgos conspicuos de los pronunciamientos revisados es la frecuencia y el protagonismo de los argumentos y los valores centrales del formalismo jurídico:⁸⁹ hay una gran abundancia de discusiones sobre retroactividad, seguridad jurídica, principio de legalidad, protección de expectativas y derechos adquiridos, así como un omnipresente juego decisorio de los requisitos procesales que ordenan la tarea jurisdiccional de los tribunales.

Aunque no hay que soslayar que el modo en que las discusiones jurídicas lleguen a ella depende en buena parte de cómo van concatenándose los planteamientos de los litigantes con los desarrollados por los Tribunales en la línea de instancias que los asuntos recorren,⁹⁰ la Corte tiene un margen de alteración argumental (bastante extenso en las contradicciones de tesis y fácilmente ampliable en los am-

⁸⁹ Como ha descrito de modo sintético y certero Manuel Atienza, el formalismo jurídico es un entendimiento del derecho articulado en torno a las siguientes tesis básicas: el derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar respuesta a toda cuestión jurídica; la analogía debe ser privilegiada como modo de resolver nuevos casos a partir del derecho legal o jurisprudencial ya existente, en lugar de considerar las razones sustantivas en los que éstos se apoyan; sólo los legisladores, no los tribunales, pueden crear derecho; el derecho tiene un carácter esencialmente estático; el derecho válido, el “verdadero derecho”, consiste en reglas generales, tal y como se encuentran formuladas en los libros jurídicos (códigos, obras doctrinales o recopilaciones jurisprudenciales; el derecho es tanto más perfecto cuanto más alto es su grado de generalidad y abstracción; los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos (sociales, morales, etc.); las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo; la certeza y la predicibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos valores o ideales jurídicos (Atienza, 2003, pp. 276-279).

⁹⁰ Lo cual sólo indica que estamos ante un problema que no es exclusivamente de la Corte, sino del conjunto del sistema judicial o legal, inserto en una dinámica que lo autoperpetúa –puesto que si un litigante intuye que le concederán el amparo con mucha más probabilidad si denuncia violaciones a los artículos 14 y 16 de la Constitución (principio de legalidad, derecho de audiencia, irretroactividad de disposiciones no favorables, seguridad jurídica) que si opta por denunciar desigualdades de género, le va a resultar muy difícil resistirse a hacerlo, lo cual contribuirá a engrosar todavía más el cuerpo jurisprudencial centrado en los citados derechos, lo cual seguirá multiplicando los incentivos de litigar sobre su base.

paros recurriendo a la “suplencia de la queja”) que raramente aprovecha.⁹¹ El operar del utillaje formalista no carece, desafortunadamente, de efectos desde la perspectiva del género, pues actúa como un mecanismo que presenta como necesaria la marginación de la discusión verdaderamente relevante y –dado que la no-decisión es una decisión en favor de lo que prevalece si la decisión no lo altera– desemboca en determinaciones que perpetúan un panorama ampliamente deficiente desde la perspectiva referida.

Hay trazas del rasgo que comento en todos los asuntos revisados, pero los dos casos sobre parejas de hecho son especialmente ilustrativos. En el primero (repartición patrimonial en rupturas de uniones de hecho), la Sala utiliza un entendimiento muy restrictivo de lo que es hacer una “interpretación directa de la Constitución”, que lleva a desechar el recurso y no entrar al estudio del caso, lo cual tiene como efecto inmediato dejar firme la sentencia de un Tribunal Colegiado que en su momento se declaró obligado a anular la aplicación al caso de las reglas de la copropiedad para evitar convalidar lo que consideraba un “acto de creación de derecho” –vedado a los jueces en el paradigma jurídico prevaleciente–. La discusión se externa así, a nivel de Corte, como una discusión acerca de la correcta aplicación de las reglas que disciplinan la procedencia de los recursos –no como una discusión acerca del modo en que la legislación civil regula ciertos temas–, lo cual permite atraer el valor positivo que lleva implícito todo lo que está al servicio de la igualdad en la aplicación de la ley. A nivel de Tribunal Colegiado, de modo similar, la discusión queda presentada como una cuestión de defensa de los ciudadanos contra la arbitrariedad y los males que vendrían de dejar que los jueces crearan derecho allí donde la ley no dice nada –no como un debate acerca del margen de operación de la analogía en el tratamiento jurídico de las uniones de hecho, o del juego que tienen respecto de ellas las por demás clásicas reglas sobre enriquecimiento injusto– en supuesta garantía, en este caso, del también positivamente valorado principio de división de poderes.

⁹¹ En materia familiar (al igual que en materia penal, agraria y laboral) rige la “suplencia de la queja deficiente”, que permite a los tribunales de amparo suplementar, mejorar o incorporar argumentos no aportados por el quejoso pero aptos para justificar que se le otorgue el amparo (véase los arts. 107, fracción II, de la Constitución y 76 de la Ley de Amparo). En las contradicciones de tesis, por su parte, la Corte debe limitarse a decidir acerca del punto que suscita dudas interpretativas a los tribunales inferiores –pues debe ciertamente limitar el riesgo de pre-decidir innecesariamente, mediante determinaciones excesivamente generales, cuestiones que contempladas en un contexto más específico y matizado merecerían soluciones distintas. Pero ello no le impide resolver la cuestión jurídica disputada sobre la base de *argumentos distintos* a los usados por los Tribunales en disputa: la Corte puede decantarse por una u otra de las posiciones o argumentaciones desarrolladas por los Tribunales o puede –como hace por regla general– construir una tercera. Lo mismo aplica a la resolución por parte del Pleno de las contradicciones que se suscitan entre las Salas.

De esta manera, un diferendo que había sido resuelto por los jueces ordinarios sobre la base de normas civiles vigentes de un modo prudente y equitativo (pues lograba que los derechos de la actora no quedaran totalmente desconocidos y paliaba los efectos de un enriquecimiento experimentado por su contraparte gracias a su vasta contribución) queda tras su paso por la justicia constitucional resuelto de modo inadecuado e invisibilizado, sustituido por una discusión sobre las competencias de los jueces y las reglas de interposición de los recursos.

En el segundo caso (concesión cautelar de alimentos en uniones de hecho) sucede algo similar, sólo que la posición defensora de la ordenada práctica judicial, la seguridad jurídica, la previsibilidad, la congelación de expectativas y la no-creación del derecho —representada en este caso por uno de los Tribunales Colegiados en contienda y por los dos ministros que suscribieron voto disidente— queda desplazada por la que toma por preocupación central evitar que un entendimiento erróneo del derecho deje sin eficacia los intereses sustantivos en juego. A diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, donde había espacio para la discusión sobre el alcance exacto de los derechos de los ex convivientes de hecho sobre el patrimonio acumulado (en contraste con la existencia de reglas explícitas sobre ello en el caso de las personas casadas), en la CT 163/2007 este punto no planteaba dudas, pues el Código Civil regula de manera idéntica los derechos y deberes alimentarios en las parejas/ex parejas matrimoniales y de hecho. Sin embargo, al acercarse a las normas procesales que establecen cómo reclamar esos alimentos a los que se tiene indudablemente derecho, el Colegiado y la posición minoritaria en la Sala ven exclusivamente una norma que “dice lo que dice” (y nada más que eso): que la solicitud de pensión provisional debe venir acompañada de la entrega de las actas del estado civil —lo cual es por definición imposible en las uniones de hecho. Con independencia de sus resultados —que en este caso hay que celebrar—, la discusión queda de nuevo estructurada en términos que evidencian la amplia influencia del formalismo (y de un punto iliberal de fondo más preocupado por evitar el abuso de los derechos que por alcanzar su pleno disfrute): de nuevo una discusión acerca de lo que dice o no dice un precepto legal en particular, de nuevo la preocupación por tener seguridad y previsibilidad no sobre lo que la ley otorga a los ciudadanos (posibilidad de recibir un apoyo económico de ciertas personas en ciertas circunstancias), sino sobre lo que les exige (presentar actas, papeles, pruebas preconstituidas). Afortunadamente se acabó imponiendo por un voto una solución construida a partir de una concepción muy distinta de la labor de identificar y aplicar las normas bajo la Constitución.

La sentencia sobre los requisitos de confección de la demanda en divorcios por violencia intrafamiliar (CT 66/2006) provee un tercer ejemplo claro. Como vimos, la Sala despliega un razonamiento articulado en torno a la seguridad jurídica, la previsibilidad, la necesidad de saber equilibradas de ciertos modos las posiciones pro-

cesales de las partes, y por la necesidad de garantizar en todo momento que los jueces tendrán los elementos necesarios para desechar la demanda. El énfasis en el respeto a las reglas procesales –con guiño al principio de igualdad ante la ley y ahora también al derecho a la defensa– funciona como mecanismo de invisibilización de varias cosas: primero, invisibiliza que en realidad no se está dando cumplimiento al derecho procesal, sino a una versión acotada y no pertinente al caso del derecho procesal (puesto que se evoca un escenario propio del derecho contractual clásico, no los flexibles procedimientos y las amplias competencias oficiosas del juez que rigen en materia de familia); segundo, se invisibiliza que la discusión de forma no sólo quita espacio a la discusión de fondo, sino que la pre-decide y en algunos casos la elimina: aunque aparentemente se discute acerca de cuáles deben ser las condiciones procesales adecuadas para resolver en los tribunales controversias de divorcio marcadas por la existencia de violencia intrafamiliar, en realidad se sientan reglas que harán que estos casos no lleguen, que eliminan el acceso efectivo a la justicia para un amplio porcentaje de los involucrados y que tienen un impacto negativo sobre muchos de los intereses sustantivos en juego (integridad física y psíquica, autonomía...). El énfasis en el necesario respeto a las reglas procesales como prerrequisito de la discusión jurídica invisibiliza la toma de decisiones que impedirán en un gran número de casos que la discusión empiece, actuando como paraguas protectores del *statu quo*.

Finalmente, también me parece significativo que la CT 24/2004 (*indemnización compensatoria en régimen de separación de bienes*) llegue a la Corte como una discusión sobre las exigencias de los artículos 14 y 22 de la Constitución. Este tipo de medidas suele ser objeto de debate con argumentos que apelan a la autonomía de la voluntad, a la igualdad o desigualdad relativa de las personas al momento de suscribir acuerdos, a la propiedad o a la remuneración o expropiación del trabajo. Sin embargo, la contradicción citada deriva de la resolución de amparos interpuestos por ciudadanos que, perceptivamente, concluyeron que la mejor manera de tratar de librarse de la aplicación del artículo 289 bis era atacarlo con los argumentos más comunes en la jurisprudencia mexicana, bajo el amparo de derechos masivamente litigados. La controversia queda articulada así en términos de retroactividad, derechos adquiridos y “sanciones”. La sentencia de la Sala, en cualquier caso y aun iniciando el análisis sobre las bases anteriores, es una de las pocas que adiciona consideraciones que consiguen ampliar y enriquecer notablemente el abanico de perspectivas sustantivas que presiden la resolución del caso.

Minimalismo en los pronunciamientos

Cuando los alegatos de las partes apuntan explícitamente a desigualdades de trato entre mujeres y hombres, la Corte se pronuncia, pero muestra preferencia por líneas argumentales que le permiten evitar desarrollos explícitos o extensos en materia de igualdad de género y justicia familiar en general.

Recordemos los dos últimos casos sobre determinación de paternidad. En el ADR 1903/2008 (*reconocimiento de hijos registrados como descendientes de hombres casados con la madre*), la Sala desarrolla un razonamiento muy extenso, que incluye una reconstrucción histórica detallada y completa del régimen legal sobre relaciones de filiación, y reconoce que el artículo 374 se quedó de forma medio casual en el Código, en lugar de desaparecer al compás de las reformas que —en el Distrito Federal— iban eliminando las diferencias entre hijos “naturales”, “espurios”, “adulterinos”, “legítimos”, “ilegítimos”, así como las muy diferentes maneras de establecer y registrar la filiación en función de la calificación legal de la relación existente o habida entre los progenitores. Sin embargo, a la hora de abordar los argumentos que denunciaban su inconstitucionalidad, se apunta solamente que el “reconocimiento” previsto en el artículo 374 es distinto al “reconocimiento” previsto en los códigos civiles mexicanos de 1870 a 1928 (que establecía la filiación de hijos “naturales” o “adulterinos”) —sin entrar a calificarlo— y hace un giro argumental técnica e interpretativamente forzado que permite otorgar el amparo sin desarrollar un pronunciamiento directo sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la norma impugnada con la Constitución. Al sostener que no procede declarar inconstitucional el artículo 374 porque existe otro artículo que, bajo cierta interpretación, permite atender los derechos e intereses en juego y conceder el amparo para el efecto de que los jueces civiles aplicaran al quejoso este último en lugar del primero, la Sala halla un modo de resolver aceptablemente el caso sin pasar por un pronunciamiento sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del poder que el artículo 374 otorga a los hombres casados.

En el ADR 1754/2007 (*plazos de impugnación de la paternidad para hombres casados*), el minimalismo de la decisión es también especialmente palpable. La Sala recurre al entendimiento tradicional del principio de igualdad en México —basado en la idea según la cual este principio se vulnera solamente cuando hay un trato dispar en el interior de un mismo “supuesto de hecho”, siendo irrelevantes los tratamientos legales distintos de supuestos de hecho distintos—⁹² y concluye que

⁹² La respuesta tradicional de la Corte a un alegato que denunciara, imaginemos, que una norma daba un trato injustificadamente distinto a las personas con hijos y a las sin hijos respecto de la ocupación de ciertos puestos de trabajo, era que los tratamientos respectivos no eran discriminatorios porque todas las personas con hijos eran tratadas del mismo modo y todas las personas sin hijos también, de

no se dan las condiciones para analizar la razonabilidad de la distinción. Tomar como premisa que los supuestos son tan distintos que no hay *tertium comparationis* viable para ellos, permite dar una respuesta formal a los agravios evitando darles una respuesta sustantiva –sin que ello elimine, en cualquier caso, que en términos reales, se esté tomando la decisión de no obstaculizar la aplicación de normas que protegen a la familia matrimonial con hijos de ciertos cambios solicitados por uno de sus miembros.

La visibilidad del “no decir” de la Sala evidencia la timidez de la mirada de la Sala sobre las cuestiones de género. Adelgazar las preguntas contenidas en los alegatos mediante declaraciones de inoperancia es una práctica con presencia transversal en, la jurisprudencia constitucional mexicana, en todos los ámbitos, que permite lógicamente adelgazar la respuesta que se les debe dar. Los asuntos revisados nos ofrecen ilustraciones abundantes de este giro minimalista por excelencia, cuyo uso masivo apela, de nuevo, a los valores que se entienden asociados a la ordenada administración de justicia y la igualdad ante la ley. En el ADR 1076/2007 (*preferencia de la mujer en la adjudicación de la custodia*) lleva a no abordar el análisis de los argumentos donde el quejoso –con desafortunadas expresiones– señalaba que, como su situación laboral era equiparable a la de su ex esposa, era injustificado que sólo ella hubiera sido declarada apta para tener la custodia. En el ADR 949/2007 (*régimen alimentario en Aguascalientes*), por su parte, la declaración de inoperancia deja sin respuesta varios planteamientos bien complejos (recordemos que la recurrente señalaba que la privación que le provocaba la inaplicación de la norma debía considerarse un acto de violencia y que, como las pautas socioeconómicas hacen que las mujeres en conjunto necesiten con más frecuencia alimentos de sus ex maridos que al revés, era incorrecto hablar de vulneración a la igualdad de género).

Por esta u otras vías las sentencias guardan silencio sobre cuestiones que, desde la perspectiva del género, hablan por sí solas. En el ADR 1903/2008 –el que analiza la norma que impide ser reconocido padre del hijo de mujer casada si el marido de ésta no lo ha desconocido previamente ante un juez–, la Sala no hace ninguna mención a una sentencia recurrida donde se asegura que “es el propio marido quien puede ser juez de su propia paternidad y el único en posibilidad de saber si la presunción que la ley estableció [que los hijos de su esposa son hijos suyos] es o no fundada”. En el ADR 1076/2007, por su parte, sí hay una mención al razonamiento de la sentencia recurrida, pero sólo en la medida en que re-

modo que no podía hablarse de infracción de la igualdad. Como puede adivinarse, esta postura generaba una deferencia automática a cualquier clasificación legislativa, dejando al principio de igualdad sin dientes frente al legislador. Actualmente puede considerarse abandonada (véase, por ejemplo, las tesis 1º/J. 37/2008, 1º/J 55/2006 y 2º LXXXIV/2008)

sulta funcionalmente necesario para materializar la respuesta que da la Sala a los agravios del recurrente (que no va a responderlos porque fueron atendidos por el Colegiado). Como vimos, la sentencia de este último afirma, entre otras cosas, que hay una “natural diferencia entre el hombre y la mujer” y que esa dualidad es la que “les permite colaborar entre sí y precisamente por ello [complementarse]”, que dado que la diferencia entre ellos es “corpórea”, “la igualdad entre ellos tiene otros alcances, uno de ellos su idoneidad para formar la pareja conyugal”, y que la preferencia de la madre en la adjudicación de la custodia de los niños pequeños se basa en que “ésta es considerada apta por razones físicas o naturales”. La Sala señala que los alegatos del recurrente (al ser idénticos a los que planteó en su demanda inicial) “han recibido una respuesta”, sin comentario adicional acerca de si esa respuesta es buena o (como alegaba el recurrente) mala.

La Corte tampoco problematiza lo que ella misma dice en varias de las resoluciones. En ninguno de los casos se reflexiona sobre la institución del divorcio “necesario”, sobre la estela de “culpables” e “inocentes” que deja tras sí o sobre la dinámica penalizadora que introduce en el derecho de familia, y en la CT 66/2006, la Sala utiliza en la argumentación los conceptos de “divorcio-remedio” y el “divorcio-sanción” y los define con asepsia, como si la noción de acto “no ilícito pero contrario a los fines naturales del matrimonio” no fuera problemática y contestada, o como si la idea de “proteger” a ciertos miembros de la familia de las “enfermedades hereditarias” de los demás no fuera una manera extraña de aproximarse a las razones por las cuales las personas deben poder solicitar el divorcio por la vía contenciosa. Pensemos igualmente en la ausencia de problematización de la pregunta que protagonizaba la CT 4/2007-PS (*efectos de la promoción del divorcio voluntario*). La Sala resuelve sin duda en el sentido correcto: “la solicitud del divorcio por la vía voluntaria no puede hacerse equivalente a una concesión de perdón de los hechos que en ese momento podrían justificar, sobre la base de los listados legales, la interposición de un divorcio necesario, de modo que ello no impide, en el futuro, si los procedimientos consensuales no culminan, alegar esos hechos en un divorcio por la vía contenciosa”, pero no hay signo argumental alguno destinado a sugerir que la pregunta misma es inentendible y absurda a menos que se proyecte contra un modelo en el que la función del derecho es asegurar que una unión matrimonial destinada a ser irrompible lo sea en los hechos lo más posible, y garantizar que sus miembros no podrán escapar de ella a menos que satisfagan estrictísimas condiciones y no superen, además, cierto número de intentos –un paradigma de unión matrimonial “esencialmente perpetua” a la que la autonomía de la voluntad sólo con grandes trabajos puede hacer mella.

Coexistencia de lenguajes y predominio de lo antiguo

Un tercer punto a destacar es que en la Sala conviven ahora dos lenguajes nítidamente distintos, uno antiguo y otro más moderno; encontrar uno u otro depende mucho del ministro que redacte la sentencia o el voto de que se trate.

Existe un contraste de conceptos y expresiones y un contraste de estilos argumentales. En las sentencias y votos redactados por Cossío, por ejemplo, hay presencia de fuentes argumentales distintas al ejercicio de intelección de la letra de la ley, con frecuencia calificadas de “extrajurídicas” en la tradición formalista: en el voto particular de la CT 66/2006 se incorporan datos estadísticos sobre la incidencia de la violencia y se apela a las teorías de la psicología contemporánea sobre el ciclo de la violencia o el síndrome de la mujer maltratada; en la CT 24/2004 se argumenta sobre la base de los “costos de oportunidad” de hacer unos trabajos y no otros; en la CT 154/2005 se incorporan explicaciones detalladas acerca del fundamento científico de las pruebas de ADN; en la CT 163/2007 se aportan datos de la CEPAL, la Conapo y el INEGI para ilustrar la evolución de la composición de los hogares. La argumentación es tradicional en los otros casos. De igual modo, en los votos y sentencias de Cossío hay alguna huella de preocupación específica desde la perspectiva del género –su referencia a las repercusiones e implicaciones para las mujeres de las reglas alimentarias sexuadas de Aguascalientes resulta destacable al respecto, aunque no se llegue a hacer un desarrollo extenso sobre los problemas que plantean las normas estereotípicas o paternalistas–, pero la jurisprudencia contiene también muestras de exactamente lo contrario –la referencia más clara en este punto es el modo en que la sentencia de mayoría, en el mismo caso de Aguascalientes, describe los “benéficos” efectos que la norma examinada tiene para las mujeres, que no para los hombres.⁹³

⁹³ La sentencia refiere que cuando el artículo 310 da a la mujer derecho a recibir alimentos de su ex marido “mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente”, “aludió a aquellas condiciones que tienen que observarse para que la mujer no pierda ese derecho, lo cual dependerá de la actitud o conducta que asuma ésta una vez disuelto el vínculo matrimonial; derecho que, de proponérselo la mujer inocente, puede tornarse vitalicio” (CT 163/2007, p. 71). A continuación apunta que “por el contrario, no puede atribuirse a dicha prevención legal por la forma en que está redactada, que impida a la mujer inocente tomar estado civil, considerando que en el caso, debe atenderse a su voluntad personal, porque de ella dependerá decidir si continúa disfrutando de ese derecho alimentario decretado a consecuencia del divorcio, o bien, si contrae nuevas nupcias” (*idem.*). La redacción del primer pasaje contiene una aposición que suena a alusión velada al riesgo de que algunas mujeres abusen de su derecho, totalmente innecesaria para el curso de la argumentación, y el segundo nos deja apreciar el juego de los argumentos que subrayan la autonomía de las mujeres a la hora de justificar que algo no les perjudica –aunque se haga en el contexto de análisis de una norma que, puesta en la mejor luz posible, es paternalista con ellas– (sobre la presentación contradictoria de las mujeres como seres al tiempo autónomos

Pero la línea de disparidad más visible es seguramente la que atraviesa la noción de “familia” que, de modo expreso o implícito, articula la toma de decisiones. Nada tiene que ver el desarrollo sobre la familia que encontramos en la CT 163/2007, el voto particular en el ADR 1529/2007 o en la CT 21/2006 –de fondo consensual, sin privilegio del esquema matrimonial sobre otros– y el que puede rastrearse en tantos otros casos. Hay muchos signos del lugar canónico que todavía se da a la familia tradicional, protegida por una fuerte presunción *pro-statu quo* que hay que superar caso por caso: la no reacción frente a un razonamiento según el cual sólo el marido es juez de su paternidad; la evitación del análisis de normas que dan un plazo muy breve para impugnar la paternidad de los hijos; las referencias a las costumbres al examinar las reglas de custodia; el no apuntar lo obvio de la respuesta a lo que se discute en la contradicción sobre el “perdón”; la preocupación por evitar que la gente pida el divorcio apelando a la violencia demasiado “a la ligera”; el uso argumental de nociones que apelan a los fines naturales del matrimonio. La Sala no objeta que el derecho proteja –no incondicionalmente pero sí como interés independiente– la estabilidad de la familia matrimonial frente a la voluntad de terceros (en el ADR 1903/2008, los padres biológicos de hijos de mujeres casadas con otras personas), de los integrantes que sufren (en la CT 66/2006, las víctimas de la violencia doméstica) e incluso de los que tienden a ocupar en ella la posición dominante (en el ADR 1754/2007, los hombres casados).

División, imprevisibilidad y cambio

En estrecha relación con lo anterior, hay que destacar que la jurisprudencia en materia de familia parece ser uno de los ámbitos más dinámicos dentro del cuerpo decisorio de la Corte. Sólo tres de las sentencias examinadas fueron votadas por unanimidad y la pauta 3/2 es por mucho la más frecuente. Tanto el lenguaje empleado como el sentido de las decisiones parecen depender mucho de quién es designado ponente del caso y de su capacidad para convencer a sus colegas de la Sala. Hay dos ministros que mantienen posturas razonablemente identificables –Gudiño en un extremo con posturas ampliamente tradicionales en cuestiones fa-

y vulnerables y la alternancia entre una y otra en argumentaciones no favorables a sus pretensiones), Jaramillo (2008), p. 275, citando a MacKinnon (1989).

miliares⁹⁴ y Cossío en el otro impulsando una visión opuesta⁹⁵ y los demás son muy imprevisibles⁹⁶.

Por descontento, decir que los ministros cambian de parecer y que sus posiciones sobre los temas examinados son muy imprevisibles sólo tiene sentido cuando se parte de ciertas premisas que vinculan la consistencia interna de sus decisiones con el hecho de que en determinados asuntos voten en un sentido y en otros –por ejemplo, con el hecho de que si en un caso toman una decisión que confirma el “privilegio matrimonial” sobre otros modelos de articulación familiar lo hagan también en otros donde vuelva a plantearse el tema– lo cual implica operar con un apreciable grado de simplificación y exige hablar solamente de grandes rasgos. Pero las decisiones de la Sala pueden calificarse de bastante imprevisibles con independencia de ello porque el análisis de su jurisprudencia sugiere que los ministros no abordan los asuntos con el objetivo básico de ser consistentes con esas premisas. Lo que la jurisprudencia examinada parece mostrar es que el tipo de preocupación asociada a la perspectiva de género, con independencia de cuáles creamos que son sus implicaciones exactas en un caso concreto, no es el elemento determinante de la mirada de la Sala en cuestiones familiares –en muchos casos, como vimos, el sentido de la decisión viene dado por lo que se entiende derivado de la necesidad de respetar los límites institucionales del juzgador en el entramado de poderes, o se vincula con posiciones de base que se proyectan transversalmente sobre cualquier reclamo de derechos, no particularmente sobre los que involucran a mujeres, etcétera.

⁹⁴ El ministro Gudiño es, por ejemplo, el ponente de la CT 66/2006, vota con la mayoría en el ADR 1529/2007, suscribe voto particular en la CT 163/2007, vota en contra y formula voto en la CT 154/2005 y es el también tímido ponente del ADR 1903/2009.

⁹⁵ Cossío es el ministro que menos entra al juego de la evitación, el que usa modos de interpretar y aplicar el derecho más “constitucionalista” y el que deja expresado con más consistencia, con más amplitud y persistencia en el tiempo –visto lo que deja dicho en sus ponencias y votos separados– su rechazo al modelo tradicional de familia patriarcal. Es, por ejemplo, el ponente de la CT 24/2004 y la CT 163/2007, tiene votos particulares en asuntos como la CT 66/2006, el ADR 1076/2007, el ADR 1529/2007 y el 1903/2008 y voto concurrente en el ADR 949/2006.

⁹⁶ El ministro Silva, por ejemplo, es el ponente formalista del ADR 1529/2007 y vota con la mayoría en la CT 66/2006 (que obliga a precisar día y hora de los sucesos violentos por los cuales uno desea divorciarse), pero con posterioridad vota con la mayoría en la contradicción 163/2007, por ejemplo, y suscribe voto particular en el ADR 1903/2008. La ministra Sánchez Cordero (que estaba ausente cuando se discutió la CT 66/2006) muestra posturas y votaciones no muy distintas a las de Cossío: hace voto particular en el 949/2006, se adhiere al voto de Cossío en el ADR 1529/2007 y vota con la mayoría en la CT 163/2007; sin embargo, apoya la estrategia minimalista en el ADR 1903/2008, no apoya la postura en el caso de Silva y Cossío. El ministro Valls se sitúa prácticamente siempre en el lado de la mayoría y hace pocos votos separados.

Ello deja, en cualquier caso, un espacio muy considerable para la evolución de los criterios. El contraste entre los dos asuntos sobre parejas de hecho puede considerarse un cambio de criterio respecto del lugar de la analogía en la resolución de asuntos que involucran parejas de hecho. El criterio de la “pormenorización detallada” sentado en la CT 66/2006 fue, por su parte, rediscutido y dejado de lado recientemente en el AR 4/2009 –un caso no apto por motivos de votación para tener por superada la tesis de jurisprudencia vinculante emanada de la CT 66/2006, pero que no hay que descartar que pueda impulsar a la Sala a hacer una modificación de jurisprudencia por la vía prevista para ello.

El cambio viene a veces por vía de respuesta legislativa a las sentencias de la Corte. Así sucedió tras la resolución de la CT 24/2004, que llevó al legislador del Distrito Federal a modificar el 289 bis y a redactarlo sobre la base de la noción de “compensación” que había usado la Corte al argumentar en la sentencia por qué la figura analizada no podía calificarse de “sanción”. El legislador de Aguascalientes, por su parte, eliminó tras la sentencia sobre la “discriminación de los hombres” las etiquetas sexuadas del artículo 310, e incorporó la referencia que la Corte había hecho –al construir los efectos de la concesión del amparo– a la necesidad de que sean proporcionados a la capacidad de darlos y a la necesidad de recibirlos.

Conclusión

Nuestro examen preliminar de la mirada de la Primera Sala sobre asuntos familiares no arroja conclusiones alentadoras. Las discusiones están muy influenciadas por un formalismo que empequeñece o invisibiliza los debates sustantivos o lleva a abordar los que son relevantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica o la división de poderes, pero no los que lo son desde la perspectiva de la autonomía o la igualdad. Por acción u omisión, la Sala toma decisiones que con demasiada frecuencia confirman las reglas sacrosantas de la familia patriarcal tradicional. La jurisprudencia muestra a una Corte que se siente más cómoda siendo juez de legalidad que de constitucionalidad y que administra justicia de un modo fundamentalmente ajeno a aspectos que estarían incorporados a una aproximación al derecho de familia sensible al género: la ausencia de una estructura familiar “natural”, el carácter artificial de los roles e identidades de género, el papel del derecho en la asignación y jerarquización de los significados que marcan el reparto del reconocimiento, el poder y los recursos en nuestras sociedades.

No faltan, con todo, motivos para un relativo optimismo: hay excepciones a lo apuntado, hay presencia de lenguajes y aproximaciones sustantivas que contrastan con las tradicionales, y el juego entre sentencias y votos, así como la detección de algunos cambios de criterio, dan fe de un dinamismo notable. Los ministros de

la Primera Sala se toman en serio las discusiones, dejan testimonio de sus razones por escrito y están abiertos a dejarse convencer por los demás.

Sería un error, sin embargo, sobredimensionar lo que supondría una mejora en la esfera jurisprudencial, un cambio interno a la Corte. Tendríamos, sí, un lenguaje mejor para nombrar y discutir las cosas –lo cual es en sí mismo importante– y casos mejor resueltos, pero su impacto quedaría fuertemente acotado si no cambiaran al mismo tiempo muchas otras cosas. La justicia en México parece estar destinada a ser una vía muy inefectiva de cambio, dada la desconfianza instintiva en el derecho que prevalece y la existencia de un sistema de acceso ciudadano a la justicia constitucional que las personas no entienden, que sólo es penetrable por unos pocos –casi siempre aventajados– y cuyos resultados finales están excesivamente condicionados por el diseño de los procedimientos, la ordenación del sistema de fuentes y el contenido del derecho legislado que preside la resolución cotidiana de las controversias familiares. El análisis y la crítica puntual de las discusiones que protagonizan la jurisprudencia sobre obligaciones alimentarias o sobre las reglas de establecimiento de la filiación, por ejemplo, no debería oscurecer que en muchas ocasiones la Corte lidia con problemas que desaparecerían mediante reformas que acercarían los códigos civiles a la Constitución y a los tratados y que además beneficiarían a todos, no sólo al reducidísimo porcentaje de personas que interponen y ven culminar con éxito un juicio de amparo. En el peor de los casos, concentrarse demasiado en los cambios de jurisprudencia podría convertirse en otra de las vías por las que se crea la ilusión de que las cosas mejoran, cuando en realidad lo hacen muy poco.

La jurisdicción constitucional en México tiene un potencial real para construir un entorno social y político menos subordinante para las mujeres, pero también es parte real del entorno subordinante que hay ahora y su tarea no debe analizarse fuera de contexto. Seguramente sería un error dedicar todas las energías a reemplazar un par de árboles enfermos por árboles sanos, para quedar agotados por la tarea al momento de tomar conciencia de que el problema es la mala salud de un bosque inmenso. Pero también lo sería pensar que la visión de ese gran bosque quita sentido a cualquier iniciativa de cambio no global, o a la comparación de varias vías de reforma desde la perspectiva de su efectividad esperada. Ello debe apoyarse, sin embargo, en una amplia tarea de análisis previo, que saque a la luz las particularidades del contexto y los desafíos que éstas plantean para el uso del derecho como herramienta de justicia de género.

ANEXOS. Tipo de recurrente ante la Suprema Corte (personas jurídicas/físicas/mujeres/hombres)

I. Amparos directos en revisión

Expedientes

Año	Total	Admitidos	Recurrente en amparo directo en revisión		
			Personas jurídicas	Personas físicas	Personas jurídica y físicas
1995	437	5	2	3	0
1996	915	32	16	13	3
1997	1 195	158	67	84	7
1998	1 202	180	71	99	11
1999	1 294	259	167	88	4
2000	1 596	338	174	160	5
2001	1 858	443	186	246	11
2002	1 983	467	292	169	6
2003	1 923	594	339	243	11
2004	1 952	629	408	214	7
2005	2 152	779	449	320	10
2006	2 093	590	320	268	2
2007	2 206	688	373	315	0
2008	2 189	544	247	286	11
2009	2 132	415	218	192	5
Total	25 127	6 120	3 328	2 700	92

Expedientes admitidos

Año	Total Admitidos	Recurrente			Porcentaje total
		Personas jurídicas (%)	Personas físicas (%)	Personas jurídicas y físicas (%)	
1995	5	33.3%	66.7%	0.0%	100.0%

Expedientes admitidos

Año	Total Admitidos	Recurrente			Porcentaje total
		Personas jurídicas (%)	Personas físicas (%)	Personas jurídicas y físicas (%)	
1996	32	50.0%	41.7%	8.3%	100.0%
1997	158	42.2%	53.3%	4.4%	100.0%
1998	180	39.2%	54.9%	5.9%	100.0%
1999	259	64.7%	33.8%	1.5%	100.0%
2000	338	51.4%	47.2%	1.4%	100.0%
2001	443	42.0%	55.6%	2.5%	100.0%
2002	467	62.5%	36.3%	1.3%	100.0%
2003	594	57.1%	41.0%	1.9%	100.0%
2004	629	64.9%	34.0%	1.1%	100.0%
2005	779	57.6%	41.1%	1.3%	100.0%
2006	590	54.2%	45.4%	0.3%	100.0%
2007	688	54.2%	45.8%	0.0%	100.0%
2008	544	45.4%	52.6%	2.0%	100.0%
2009	415	52.5%	46.3%	1.2%	100.0%
Total	6 120	54.4%	44.1%	1.5%	100.0%

Expedientes admitidos de personas físicas

Año	Total	Recurrente persona física					Porcentaje total
		Personas físicas	Mujeres	(%)	Hombres	(%)	
1995	3						0%
1996	13	16	5	31.3%	11	68.8%	100%
1997	84	197	56	28.4%	141	71.6%	100%
1998	99	671	35	5.2%	636	94.8%	100%
1999	88	111	46	41.4%	65	58.6%	100%
2000	160	187	23	12.3%	164	87.7%	100%
2001	246	1 541	995	64.6%	546	35.4%	100%
2002	169	373	41	11.0%	332	89.0%	100%
2003	243	283	62	21.9%	221	78.1%	100%

2004	214	1 452	621	42.8%	831	57.2%	100%
2005	320	405	113	27.9%	292	72.1%	100%
2006	268	395	94	23.8%	301	76.2%	100%
2007	315	792	211	26.6%	581	73.4%	100%
2008	286	398	120	30.2%	278	69.8%	100%
2009	192	370	172	46.5%	198	53.5%	100%
Total	2 700	7 191	2 594	36.1%	4,597	63.9%	100%

Fuente: Dirección General de Planeación de lo Jurídico, con datos del Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes, intranet, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para el periodo 2004-2009 la información reportada se hizo a partir del universo de asuntos.

Nota metodológica para las estimaciones por muestreo probabilístico 1995-2003

Población objetivo: Amparos directos en revisión durante el periodo 1995-2003.

Marco muestral: Listado de expedientes tomado de Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes (intranet, SCJN).

Diseño muestral: Muestreo aleatorio simple estratificado por año.

La muestra es probabilística y permite hacer inferencia sobre la población objetivo.

Tamaño de la muestra: 3 000 asuntos.

Estimadores: Para construir la representatividad de la muestra de forma analítica se utilizan los factores de expansión (estimadores de Horwitz-Thompson) para obtener los estimadores de promedios y proporciones de interés. En cada estimación se calcularon: el margen de error absoluto teórico y los errores de muestreo.

Calidad de las estimaciones:

El error de estimación absoluto teórico para cada año es de 5%, con un nivel de confianza del 95% .

El error estándar estimado obtenido, considerando el diseño muestral, en cada proporción estimada del presente reporte es menor al 20%. Considerando que en cada estimación se utiliza de dos a tres particiones de la muestra, para el caso de los asuntos admitidos por tipo de persona (física o moral) y sexo en tipo de persona física, lo que genera una variabilidad mayor.

II. Amparos indirectos en revisión

Expedientes

Año	Total	Admitidos	Recurrente en amparo indirecto en revisión		
			Personas jurídicas	Personas físicas	Personas jurídicas y físicas
1995	1 150	132	74	44	14
1996	2 207	331	182	117	32
1997	2 476	888	568	291	29
1998	2 328	1 013	596	390	27
1999	2 245	1 222	627	528	66
2000	1 348	341	193	131	18
2001	492	239	172	58	9
2002	1 258	570	477	81	11
2003	2 690	1 904	1 754	127	23
2004	1 993	1 804	1 471	293	40
2005	2 259	1 522	1 134	354	34
2006	2 025	937	641	266	30
2007	1 114	516	341	166	9
2008	1 265	433	257	158	18
2009	2 085	170	103	59	8
Total	26 935	12 023	8 590	3 064	368

Expedientes admitidos

Año	Total Admitidos	Recurrente			Porcentaje total
		Personas jurídicas (%)	Personas físicas (%)	Personas jurídicas y físicas (%)	
1995	132	56.4%	33.3%	10.3%	100.0%
1996	331	54.9%	35.3%	9.8%	100.0%
1997	888	63.9%	32.8%	3.3%	100.0%
1998	1 013	58.8%	38.5%	2.7%	100.0%
1999	1 222	51.4%	43.2%	5.4%	100.0%

Expedientes admitidos

Año	Total Admitidos	Recurrente			Porcentaje total
		Personas jurídicas (%)	Personas físicas (%)	Personas jurídicas y físicas (%)	
2000	341	56.4%	38.5%	5.1%	100.0%
2001	239	72.1%	24.3%	3.7%	100.0%
2002	570	83.8%	14.3%	1.9%	100.0%
2003	1 904	92.1%	6.7%	1.2%	100.0%
2004	1 804	81.5%	16.2%	2.2%	100.0%
2005	1 522	74.5%	23.3%	2.2%	100.0%
2006	937	68.4%	28.4%	3.2%	100.0%
2007	516	66.1%	32.2%	1.7%	100.0%
2008	433	59.4%	36.5%	4.2%	100.0%
2009	170	60.6%	34.7%	4.7%	100.0%
Total	12 023	71.4%	25.5%	3.1%	100.0%

Expedientes admitidos de personas físicas

Año	Total	Recurrente persona física					Porcentaje total
		Personas físicas	Mujeres	(%)	Hombres	(%)	
1995	44	440	257	58.5%	183	41.5%	100%
1996	117	1 188	636	53.6%	552	46.4%	100%
1997	291	1 231	306	24.9%	925	75.1%	100%
1998	390	2 753	1 616	58.7%	1 137	41.3%	100%
1999	528	8 234	2 760	33.5%	5 474	66.5%	100%
2000	131	228	61	26.9%	166	73.1%	100%
2001	58	121	58	47.8%	63	52.2%	100%
2002	81	3 038	1 214	40.0%	1 824	60.0%	100%
2003	127	214	103	48.1%	111	51.9%	100%
2004	293	849	194	22.9%	655	77.1%	100%
2005	354	2 226	735	33.0%	1 491	67.0%	100%

2006	266	1 298	374	28.8%	924	71.2%	100%
2007	166	443	147	33.2%	296	66.8%	100%
2008	158	1 023	515	50.3%	508	49.7%	100%
2009	59	276	52	18.8%	224	81.2%	100%
Total	3 064	23 560	9 028	38.3%	14 532	61.7%	100%

Fuente: Dirección General de Planeación de lo Jurídico, con datos del Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes, intranet, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para el periodo 2004-2009 la información reportada se hizo a partir del universo de asuntos.

Nota metodológica para las estimaciones por muestreo probabilístico en el periodo 1995-2003:

Población objetivo: Amparos en revisión en el periodo 1995-2003.

Marco muestral: listado de expedientes tomado de Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes (intranet, SCJN).

Diseño muestral: muestreo aleatorio simple estratificado por año.

La muestra es probabilística y permite hacer inferencia sobre la población objetivo.

Tamaño de la muestra: 2 813 asuntos.

Estimadores: Para construir la representatividad de la muestra de forma analítica se utilizan los factores de expansión (estimadores de Horwitz-Thompson) para obtener los estimadores de promedios y proporciones de interés. En cada estimación se calcularon: el margen de error absoluto teórico y los errores de muestreo.

Calidad de las estimaciones:

El error de estimación absoluto teórico para cada año es de 5%, con un nivel de confianza del 95% .

El error estándar estimado obtenido, considerando el diseño muestral, en cada proporción estimada del presente reporte es menor al 20%. Considerando que en cada estimación se utilizan de dos a tres particiones de la muestra, para el caso de los asuntos admitidos por tipo de persona (física o moral) y sexo en tipo de persona física, lo que genera una variabilidad mayor.

BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán, Elena y Virginia Maqueira (eds.), Silvina Álvarez y Cristina Sánchez (2001), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial.
- Benhabib, Seyla (1992), *Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Nueva York, Routledge.
- _____, (1996), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press.
- Butler, Judith (1990), *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York, Routledge.
- _____, (1993), *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"*, Nueva York, Routledge.
- _____, (2004), *Undoing Gender*. Nueva York, Routledge.
- Cossío, José Ramón (1998), *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México.
- _____, (2000), "La nueva jerarquía de los tratados internacionales", en *Este País*, febrero de 2000.
- Cudd, Ann E. y Klenk, Virginia (eds.) (1995), *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy, Special Issue on Analytic Feminism*, núm. 10, p. 3.
- Duran, Jane (2001), *Worlds of Knowing: Global Feminist Epistemologies*, Nueva York, Routledge.
- Elizondo Mayer-Serra, Carlos (2009), "La industria del amparo fiscal", en *Política y Gobierno*, núm. 2, vol. xvi, II semestre de 2009, pp. 349-383.
- Flores, Imer (2005), "Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis", en *Cuestiones Constitucionales*, núm 13, julio-diciembre de 2005, pp. 235-249.

- Fricker, Miranda y Jennifer Hornsby (2000), *Feminism in Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Friedan, Betty (1963), *The Feminine Mystique*. Nueva York, Norton.
- Frug, Mary Joe (1992), "A postmodern Feminist Legal Manifesto", en *Harvard Law Review*, núm. 105, p. 1045.
- Gilligan, Carol (1982), *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press.
- Held, Virginia (1995), *Justice and Care: Essential Readings in Feminist Ethics*, Boulder, Colorado, Westview Press.
- Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (2010), "Introduction: Courts in Latin America", en Helmke Gretchen y Julio Ríos-Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge University Press (en prensa).
- Huerta, Magdalena y Eric Magar (2006), *Mujeres legisladoras en México: avances, obstáculos, consecuencias y propuestas*, México, Distrito Federal, Instituto Nacional de las Mujeres.
- Jaramillo, Isabel Cristina (2000), "Estudio preliminar" en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá Siglo del Hombre Editores- Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, .
- _____ (2008), "Familia" en Motta y Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, Bogotá, Red Alas, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-361.
- Jaramillo, Isabel Cristina, García Villegas, Mauricio, y Restrepo Saldarriaga, Esteban (2006), "Estudio preliminar", en *Crítica Jurídica*, Bogotá, Ediciones Unian-des, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
- MacKinnon, Catharine (1987), *Feminism Unmodified*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- _____ (1989), *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura (2007), "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", *Documentos de Trabajo*, núm. 25, México, Distrito Federal, División de Estudios Jurídicos, Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE).
- Magaloni, Beatriz, Erik Magar y Arianna Sánchez (2010), "Activists vs. Legalists. The Mexican Supreme Court and its Ideological Battles" en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge University Press (en prensa).
- McAfee, Nöelle (2009), "Feminist Political Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL= <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/feminism-political/>>
- Motta, Cristina y Macarena Sáez (eds.) (2008), *La mirada de los jueces*, vol. 1 y 2, Bogotá, Red Alas, Siglo del Hombre Editores.

- Mouffe, Chantal (1992), *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*, Nueva York, Verso.
- _____ (2000), *The Democratic Paradox*, Nueva York, Verso.
- _____ (2005), *On the Political. Thinking in Action*, Nueva York Routledge.
- Nussbaum, Martha (2000a), "The Future of Feminist Liberalism", en *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, núm. 74, pp. 47-79.
- _____ (2000 b), *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Okin, Susan Moller (1989), *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books.
- Okin, Susan Moller *et al.* (1999), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press.
- Saldivia, Laura (2010), "Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad", en *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2009*, Buenos Aires, Librería Ediciones (en prensa).
- Satz, Debra (2008), "Feminist Approaches on Reproduction and the Family", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/feminism-family/>>
- World Economic Forum (2009), *The Global Gender Gap Report 2009*, Ginebra, 2009. Disponible en: <www.weforum.org>.
- Young, Iris Marion (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press.
- _____ (2000), *Inclusion and Democracy, Oxford Political Theory*, Nueva York, Oxford University Press.

GÉNERO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Alejandro Madrazo Lajous

Introducción

Tanto el género como la libertad de expresión son temas de creciente importancia en México. En el debate y desarrollo constitucional esto es innegable. La Suprema Corte ha decidido casos de enorme trascendencia en relación con ambos temas en años recientes. Por otra parte, y quizá como una reacción al actuar de la Corte, algunos círculos de la academia jurídica mexicana comienzan a tomar el desarrollo constitucional y legislativo de ambos temas como un objeto de estudio prioritario. Resulta oportuno, en consecuencia, reflexionar sobre estos temas con la esperanza de contribuir al desarrollo –sea jurisdiccional o académico– de la doctrina constitucional en nuestro país.

Más que eso: nuestro país vive hoy una profunda crisis institucional que bien puede tornarse constitucional más pronto que tarde; o al menos, encauzarse por medio de debates constitucionales –en el Constituyente permanente o ante la Corte– que seguramente darán forma a su desarrollo institucional y político en las décadas por venir. En medio de la multifacética crisis que vivimos, las diferencias políticas e ideológicas en torno al género –aborto, anticoncepción, diversidad sexual, matrimonio, adopción, violencia de género, etcétera– ya constituyen uno de los escenarios clave en los que se debate el derrotero social, político, jurídico e institucional que habrá de seguir el país en el futuro inmediato. Por su parte, el desarrollo de la regulación constitucional y legislativa vinculada a la libertad de expresión –los medios masivos de comunicación, la propaganda política, el creciente protagonismo político de las iglesias en general y de la católica en particular– es ya, y lo será cada vez más, determinante en definir las reglas del juego en que se desplegarán

los debates políticos, jurídicos, sociales e institucionales que se gestan en un escenario de crisis como el que vive hoy en día el país.

En este contexto, es que quiero ofrecer algunas reflexiones sobre género y libertad de expresión que espero sean de utilidad en los muchos debates que hoy existen en cada uno de estos dos temas y en sus intersecciones.

El objetivo específico de este trabajo es explorar las implicaciones teóricas y normativas de entender al género como una forma de expresión.¹ No pretendo explorar la intersección entre la libertad de expresión y los diversos derechos fundamentales tutelados por nuestro régimen constitucional y vinculados necesaria o regularmente al género (como el derecho a la igualdad y su subsidiario derecho a la no discriminación; el derecho a decidir sobre el número y espaciado de los hijos; la igualdad entre el varón y la mujer ante la ley; la protección constitucional de la familia; los derechos laborales que surgen durante los periodos de gestación, puerperio y lactancia; el derecho a la salud; los derechos de integración de las mujeres indígenas y un largo etcétera). Más bien, propongo que entendamos al género como una forma de expresión y, a partir de esa premisa, ofrezco reflexiones en torno a dos preguntas muy distintas pero derivadas ambas de ella: ¿qué implicaciones normativas tiene entender al género como una forma de expresión? y ¿qué consecuencias tiene en términos de la exigibilidad del derecho a la libertad de expresión en casos en que la expresión consiste en o versa sobre el género?

El trabajo se estructura en dos grandes apartados y uno más breve, a manera de conclusión. En el primer apartado (I) hago explícitos mis posicionamientos preliminares tratando de dejar en claro el marco teórico desde el cual emprendo este trabajo. En el segundo apartado, titulado “El género como expresión y expresiones sobre el género” (II), justifico mi propuesta de entender al género como expresión y exploro las implicaciones normativas de entenderlo como tal desde dos ángulos distintos. Primero, planteo las razones por las cuales considero que el derecho a la libertad de expresión tutela al género como un tipo específico de expresión. Enseguida, reflexiono sobre las implicaciones normativas que esta postura tiene para las expresiones que hacen del género su objeto, sin pertenecer a la forma de expresión que llamamos género. El resultado final de este ejercicio es el de encuadrar la problemática constitucional en torno al género y la libertad de expresión dentro de la propuesta de Owen Fiss, consistente en analizar ciertos conflictos tradicionalmente entendidos como un contraste entre los valores de igualdad y liber-

¹ La idea de entender al género como una forma de expresión se desprende de una observación que hizo José Antonio Caballero sobre la vinculación entre el derecho a decidir y la libertad de expresión durante mi Seminario de Ingreso al CIDE a finales de 2009. Quiero aquí reconocer y agradecer esa aportación, pues este texto se perfilaba muy distinto antes de ese comentario.

tad, reformulándolos como un conflicto que se suscita entre dos manifestaciones contrastantes de un mismo valor, la libertad.

En el último apartado (III), titulado “Exigibilidad de la libertad de expresión a través del género”, abordo brevemente y a manera de conclusión los distintos tipos de obligaciones a cargo del Estado que emanan del derecho fundamental que nos ocupa –la libertad de expresión– en relación con el tema específico que nos ocupa: el género. La idea es explorar cómo cada uno de los tipos de obligación –de respeto, de protección, de garantía y de fomento– genera distintas consecuencias normativas cuando el género es la expresión tutelada o bien el objeto de la expresión tutelada.

I. Precisiones preliminares

En primer lugar, debo señalar qué entiendo por género y qué es lo que considero es más relevante del género para un análisis constitucional desde la libertad de expresión. En segundo lugar, quiero hacer explícito el marco teórico y doctrinal del derecho fundamental a la libertad de expresión desde el cual emprendo mi análisis. Finalmente, quisiera exponer algunos lugares comunes que se observan en la discusión académica reciente sobre la libertad de expresión en nuestro país y que pretendo, o bien evitar o bien controvertir.

El género

Es lugar común definir género por oposición al sexo. En su versión más sencilla, la distinción nos dice que el sexo se refiere a las diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres, mientras que el género se refiere a los roles o identidades construidas, transmitidas y esperadas socialmente, normalmente vinculadas a un sexo u otro. Mi sexo es el de hombre porque cuento con ciertas características fisiológicas que permiten identificarme como tal;² mi género es masculino porque de

² ¿Cuáles son esas características? La pregunta es en realidad mucho más difícil de responder de lo que inicialmente parece. Laura Saldivia ofrece una síntesis que ilustra sobre la complejidad del problema al señalar al menos ocho variables distinguibles médicamente: “1) el sexo genético o cromosómico –XY o XX; 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales) –testículos y ovarios; 3) el sexo morfológico interno (determinado luego de los tres meses de gestación) –vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de Falopio; 4) el sexo morfológico externo (genitales) –pene/escroto o clitoris/labia; 5) el sexo hormonal –andrógenos y estrógenos; 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias) –pelo facial o en el pecho o senos; 7) el sexo asignado y el género de crianza; y 8) la identidad sexual”. Ninguna de estas variables parece necesaria ni suficiente. Véase Laura Saldivia, “Reexa-

niño y a raíz de dichas características, me enseñaron a preferir el fútbol a las muñecas, el color azul al rosa y, más adelante, a desear sexualmente a las mujeres y no a los hombres. Así, en su versión más pedestre, el sexo se refiere al cuerpo, el género al rol social constitutivo de la identidad subjetiva frecuentemente en referencia al cuerpo sexuado.

El concepto de género surge precisamente para evitar el determinismo biológico de asignar papeles sociales como función de las diferencias de la fisiología reproductiva. Al respecto Joan Scott nos dice:

Parece que el género, en su empleo más reciente, apareció primero entre las feministas estadounidenses que querían insistir en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo. La palabra denotaba el rechazo al determinismo biológico implícito en el empleo de términos como sexo o diferencia sexual. El género también subrayaba el aspecto relacional de las definiciones normativas sobre la femineidad. Quienes se preocupaban porque los estudios sobre las mujeres se basaban de forma demasiado restringida e independiente en las mujeres, emplearon el término género para introducir una idea relacional en nuestro vocabulario analítico. Según este punto de vista, mujeres y hombres se definían los unos respecto a los otros, y no se podía llegar a una comprensión mediante un estudio por separado.³

En consecuencia, hablar de género y no de sexo –como lo hace nuestro texto constitucional en el párrafo tercero de su artículo primero– subraya la dimensión social, por oposición a la meramente biológica, de la clasificación que divide a las personas en hombres y mujeres. No es que al hablar de género se excluya la biología, sino más bien se refiere a cuestiones que van más allá de la misma. Además, género apunta hacia el carácter relacional de los papeles sociales asignados con base en las diferencias biológicas referentes principalmente a las capacidades reproductivas. No sólo las mujeres son definidas a partir de este rol social, sino también los hombres. Entender el rol de género de la mujer exige y posibilita entender el rol de género del hombre y viceversa. Uno no puede entenderse sin referencia al otro. El género nos constituye e identifica tanto a hombres como a mujeres y lo hace en función las unas de los otros.

En síntesis, el uso del término género apunta hacia una dimensión social por oposición a biológica, y que nos habla de la conformación bidireccional de los roles

minando la construcción binaria de la sexualidad”, trabajo presentado en Asunción, Paraguay, durante la edición 2009 del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), por publicarse en la memoria del Seminario y visible en <www.law.yale.edu>.

³ Joan W. Scott, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG/Miguel Ángel Porrúa, p. 49.

sociales atribuidas tanto a hombres como a mujeres. Resumiendo, podríamos decir con Scott que, en el discurso científico-social dominante,

el término género denota unas determinadas “construcciones culturales”, toda la creación social de las ideas acerca de los roles apropiados para las mujeres y para los hombres. [...] El empleo de género hace hincapié en todo un sistema de relaciones que puede incluir el sexo, pero que no está directamente determinado por éste ni tampoco es directamente determinante de la sexualidad.⁴

Ahora bien, la distinción entre biología-sexo y construcción social-género, no es tan nítida como parece. La creciente visibilidad de la transexualidad y de la intersexualidad la controvierten directamente y de una forma difícil de eludir: también el sexo tiene un fuerte componente de construcción social.⁵ Asignamos el sexo a partir de cómo interpretamos al cuerpo, en ocasiones literalmente interviniendo al cuerpo mismo, labrándole un sexo. Cuando un neonato cuenta con características sexuales ambiguas (un pene más pequeño de lo esperado, un clítoris más grande de lo esperado, pene y labia, o un largo etcétera de posibilidades), intervenimos y definimos a cuál de las dos opciones socialmente aceptadas –hombre o mujer– será ajustado el cuerpo del neonato, eliminando mediante cirugía, tratamiento hormonal o algún otro medio, las características correspondientes al sexo no elegido. Transexualidad e intersexualidad controvierten el esquema binario y discreto en el que todo cuerpo y toda persona puede ser catalogado hombre o mujer, ya sea exigiendo que el esquema conceptual de dos categorías discretas cedan a una concepción gradual en el que existen múltiples posibilidades entre dos polos, o bien rechazando que las categorías hombre/mujer, inclusive concebidas como dos polos en un espectro más o menos continuo, representen adecuadamente la realidad de ciertos cuerpos, de ciertas personas.

Por el momento y para efectos de este trabajo, no abundaré en las implicaciones que transexualidad e intersexualidad tienen para nuestro armatoste analítico por medio del cual nos esforzamos por entender el cuerpo y las relaciones sociales que le involucran; tampoco entraré en las implicaciones teóricas y normativas –múltiples y profundas– que tendría el renunciar al uso de las categorías binarias y

⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁵ La transexualidad se refiere a las personas que transitan entre un sexo y otro (hombre/mujer), asumiendo las características fisiológicas sexuales primarias o secundarias, o bien las conductas y comportamientos, del sexo opuesto al original o preponderante. El tránsito no implica necesariamente el cuestionamiento de la distinción binaria entre sexos, pero sí cuestiona la inamovilidad de dicha distinción. En contraste, la intersexualidad se refiere a las personas que no encuadran cabalmente en las categorías fisiológicas de hombre o mujer y, en consecuencia, resisten la clasificación dominante de los cuerpos. Véase *supra*, nota 2.

discretas que hoy prevalecen en nuestro derecho. Esto es así porque las implicaciones teóricas y normativas se vislumbran tan fundamentales que exigen mucho mayor estudio y reflexión del que han recibido de la doctrina jurídica, antes de comenzar una reflexión sobre su tutela constitucional bajo la libertad de expresión. Para efectos de la tesis que quiero sostener aquí no es necesario abordar transexualidad e intersexualidad en específico. En la medida en la que transexualidad e intersexualidad controvierten las categorías de género y sexo establecidas, se les puede considerar como una expresión más del género, o bien una expresión sobre el género: ser o entenderse como transexual expresa algo en la misma forma en la que ser o entenderse como hombre heterosexual expresa algo; negarse expresamente a ser catalogado dentro de un género es una expresión sobre el género.

En todo caso, lo más relevante que la transexualidad y la intersexualidad nos dicen acerca de la distinción entre género y sexo para efectos de la libertad de expresión es que la construcción social es más importante aún de lo que parecía inicialmente: la fisiología misma es una función de la interpretación cultural que hacemos del cuerpo. En este sentido, se refuerza la importancia del género como constructor social y, en este sentido, como expresión sobre lo que se es o sobre lo que se debe ser.

Continuando, la dimensión social por oposición a la meramente biológica y el carácter relacional del género son dos elementos que, por el momento, quiero destacar y que es importante tener en mente para el desarrollo de mi propuesta de entender el género como expresión para efectos de la tutela constitucional. Pero una tercera característica de la categoría género que resulta también importante subrayar desde ahora es su carácter necesariamente político. Exploraré este aspecto con mayor abundancia en el segundo apartado (II), cuando elabore mi propuesta de entender al género como expresión para efectos de la tutela constitucional de la libertad de expresión con base en el trabajo de Scott. Basta por ahora señalar que el género, como otras categorías o saberes que se desarrollan a partir de la construcción y estudio de la sexualidad, se inserta necesariamente en el ámbito de lo político.

Foucault señaló y analizó la construcción histórica y discursiva de la sexualidad.⁶ Sostuvo que los discursos que se generan en torno a ella generan también múltiples y variopintas relaciones de poder entre las personas. Lo mismo podemos decir del género. Más aún, el género –los estudios de género– puede entenderse, entre otras cosas, como uno de los saberes que han brotado en torno al estudio de la sexualidad y también como una de las categorías específicas que se han incor-

⁶ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad. Tomo I: La voluntad de saber*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1991.

porado a diversos saberes que han incuido –a su vez– a la sexualidad como uno de sus objetos de estudio (historia, ciencia política, medicina, derecho, etc.). Lo importante es que el género –las prácticas, símbolos, ideas, costumbres, acciones, expresiones artísticas, doctrinas religiosas, políticas o jurídicas en torno al género– produce relaciones de poder entre distintas personas. Se establecen relaciones de poder que involucran a quienes asumen los roles de género, a quienes los predicán, a quienes los resisten, a quienes los viven, a quienes participan o están sujetos a las instituciones –jurídicas, religiosas, políticas– que los definen, etcétera.

Abundaré más en el aspecto político del género al entrar en detalle sobre por qué y cómo el género debe considerarse como una forma de expresión, pero no quiero dejar de subrayar su carácter político, pues es lo político el eje central del marco teórico de la libertad de expresión sobre el que apoyo este trabajo.

El marco teórico de la libertad de expresión

El derrotero de la libertad de expresión en la interpretación constitucional de nuestro Poder Judicial es incierto, como lo señala acertadamente Santiago Vázquez.⁷ En un periodo relativamente corto, la Suprema Corte ha emitido fallos en torno a la libertad de expresión que llaman la atención por su dispersión teórica e inconsistencia metodológica. Encontramos fallos prácticamente extintivos de la libertad de expresión⁸ y otros que sorprenden por lo avanzado de la postura adopta-

⁷ Santiago J. Vázquez Camacho, “Presentación”, en Santiago Vázquez Camacho (comp.), *Libertad de expresión: análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007, p. xxvii.

⁸ El más conocido, en este extremo, fue el fallo de la Primera Sala de la Suprema Corte en el amparo en revisión 2676/2003, mejor conocido como el caso del *Poeta maldito*, Sergio Witz, emitido en octubre de 2005. En él, la mayoría concluyó que la existencia de un ente protegido por la Constitución (los símbolos patrios) debía de interpretarse, *ipso iure*, como un límite a la libertad de expresión. Como acertadamente señala Francisca Pou, el poema de Witz que la Corte consideró constitucionalmente punible por la vía penal, difícilmente podría haber encuadrado mejor en lo que suele entenderse como el núcleo duro de las expresiones tuteladas por la Constitución: “se trataba de un caso de expresión lingüística, no de conducta expresiva no lingüística o ‘simbólica’, como ocurre en los casos norteamericanos famosos de quema de banderas, cartillas o cruces; se analizaba una regulación con un impacto central sobre la expresión de ideas, no una regulación de fenómenos no directamente expresivos pero con influencia en las condiciones de ejercicio de la libertad de expresión, como ocurre cuando se debate la influencia del dinero en las campañas electorales; se trataba de una regulación del contenido expresivo, no simplemente de la forma y modo de expresión; la expresión gozaba además de una dimensión política indudable, [...] la expresión tenía un destinatario no individualizado, lo cual excluía la necesidad de entrar en juicios de ponderación complejos entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales de las personas (honor, intimidad); la expresión se vehiculaba por un conducto sumamente clásico (el medio impreso), no mediante un soporte cuyo impacto lo convierte en un factor de discusión más allá del contenido del mensaje, como ocurre con la televisión... finalmente, el caso concernía al discurso de una

da por la Corte en su exigencia de que el Estado se ocupe de enriquecer el debate público con base en la libertad de expresión y su mancuerna constitucional, el derecho a la información.⁹ Poco se puede generalizar sobre lo que la Corte ha dicho en torno a la libertad de expresión. Si acaso, una constante es que la Corte le otorga un papel dominante al Estado como mediador de la libertad de expresión. Ya sea como censor o como garante de la pluralidad y diversidad de las expresiones que alcanzan el foro público, el papel del Estado en lo referente a la libertad de expresión dista mucho de ser pasivo en el entender de la Corte. Falta mucho por definir, pero se vislumbra que los contornos del derecho fundamental a la libre expresión se dibujan en función del papel político e instrumental de dicho derecho.

Dado el carácter embrionario que en nuestro país tiene la doctrina constitucional elaborada judicialmente en torno a la libertad de expresión, es preciso buscar en otra parte el marco teórico que permita alcanzar el objetivo de este trabajo. Sin em-

persona individual, no de un sujeto de estatus constitucional menos definido (grupos de interés, personas jurídicas, comunidades culturales)". Francisca Pou, "El precio de disentir", en S. Vázquez Camacho (comp.), *op. cit.*, pp. 1-2. Si el poema de Witz no encuentra tutela constitucional bajo la libertad de expresión es difícil imaginar qué expresiones sí la merecen.

⁹ En este extremo encontramos el fallo que recayó sobre de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, mejor conocida como el caso *Ley Televisa*, emitido el 7 de junio de 2007 por el Pleno de la Suprema Corte, en el que en la porción final del Décimo Quinto considerando (página 608 del engrose), la mayoría calificada de la Corte habla explícitamente de una función del Estado como garante de la libertad de expresión y el derecho a la información, función que implica la obligación del Estado de fomentar la pluralidad y diversidad en la comunicación a fin de lograr una sociedad "más integrada, más educada y, sobre todo, más justa". Volveré sobre este precedente al final de este trabajo. Por ahora, quisiera señalar que, en justicia, es importante precisar que existen buenas razones para ser optimista y tomar este pronunciamiento de la Corte sobre la libertad de expresión –y en consecuencia, el entendimiento subyacente de tan importante derecho fundamental– como teniendo más peso en la evolución de la doctrina constitucional de la Corte que el precedente del *Poeta maldito*: para empezar, el fallo es posterior –si bien no muy distante–; en segundo lugar, se trata de un pronunciamiento supermayoritario del Pleno de la Corte, en contraposición con una mayoría simple alcanzada en una Sala (lo que es más, el fallo en *Ley Televisa*, en este considerando particular, estuvo a un voto de reunir la unanimidad de la Corte); por último, la reacción y crítica de la comunidad jurídica al primer fallo y la abrumadora aceptación y celebración del segundo, debiera ser leído por la Corte como un indicador de la calidad de uno y otro fallos. Además, la propia Primera Sala parece haber pulido sus propios criterios al emitir un fallo, en noviembre de 2006, que si bien no nos hablan de una Corte tan progresista como la Corte en el caso *Ley Televisa*, si nos habla de una Primera Sala más sensata y sería que en el caso del *Poeta maldito*. Me refiere al fallo de la Primera Sala en el amparo en revisión 1595/2006, emitida en noviembre del 2006, en el que se declaró inconstitucional un bando del Ayuntamiento de Toluca con base en el cual se pretendía multar a Stephen Orla Searfoss por no haber obtenido un permiso previo antes de difundir propaganda de un concierto religioso. La Primera Sala consideró que el bando constituía una forma de censura previa. En específico, en este segundo amparo en revisión, el fallo de la Primera Sala se apoyó de forma importante en la distinción entre reglas y principios constitucionales; distinción que de haberse tomado en cuenta en el caso *Poeta maldito* seguramente habría alterado la conclusión de la mayoría.

bargo, la doctrina constitucional en torno a la libertad de expresión propuesta desde la academia mexicana tampoco es particularmente robusta. Sin dudas, los recientes fallos de la Corte han generado interés en el tema desde la academia, pero no veo aún una propuesta de marco teórico en la academia nacional lo suficientemente rica como para sostener la exploración del género como expresión que quiero emprender.¹⁰ Por el momento, echo mano del marco teórico articulado por Owen Fiss para analizar la libertad de expresión y, en el apartado correspondiente, exploraré cómo se inserta el género dentro de este marco teórico.

Fiss empieza por cuestionar la presunción de que la censura del Estado es la amenaza contra la que se erige el derecho fundamental a la libertad de expresión.¹¹ Sin negar el papel de opresor que el Estado puede tener ante los individuos que buscan expresarse, nos propone que consideremos que el Estado también puede desempeñar el papel de fuente o garante de la libertad de estos individuos. Primero, porque no sólo el Estado es capaz de oprimir al individuo: el poder privado también puede silenciarlo. Segundo, porque los valores que tutela la libertad de expresión son eminentemente sociales, no individuales. Si la constitución valora tanto a la libertad de expresión, no es porque la libertad discursiva sea una forma de expresar las ideas o sentimientos propios o para que el individuo se realice, sino porque la libertad discursiva resulta indispensable para el autogobierno colectivo; esto es, para la democracia.¹²

Contra esta concepción, que llama libertaria, de la libertad de expresión –la libertad de expresión tutela la expresión de los individuos por su valor en sí misma–, Fiss opone una concepción democrática: el propósito de este derecho fundamental

¹⁰ En fechas recientes se han publicado varios trabajos sobre libertad de expresión que dialogan justamente con los fallos de la Corte referidos (v.g. la compilación de Santiago Vázquez antes citada) o con fallos del Tribunal Electoral (v.g. Alejandro Madrazo Lajous, *Los límites a la libertad de expresión*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL, núm. 1, 2008), o bien en torno a temas de creciente visibilidad constitucional (v.g. Pedro Salazar Ugarte y Rodrigo Gutiérrez Rivas, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, IJU-UNAM y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008), pero la mayor parte de la obra doctrinal –dogmática jurídica– que versa sobre la libertad de expresión sigue estando contenida en libros de texto sobre garantías individuales con varias décadas de añejamiento. Me parece que el análisis académico relevante en torno a la libertad de expresión tal como está cobrando vida en nuestro país, apenas comienza y no existe aún la masa crítica doctrinal para armar un marco teórico robusto y fértil que facilite la construcción y análisis de la doctrina constitucional judicial en la materia.

¹¹ Los siguientes tres párrafos sintetizan la introducción de *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, pp. 1-4.

¹² “Speech is valued so importantly in the Constitution, I maintain, not because it is a form of self-expression or self-actualization but rather because it is essential for collective self-determination.” *Ibid.*, p. 3. Creo que el ejercicio realizado en este texto, considerar al género como expresión, tiene mucho que aportar a una revisión de la postura de Fiss sobre este punto. Desafortunadamente, por razones de espacio, he decidido dejar fuera ese análisis y emprenderlo en un trabajo posterior.

es enriquecer y ampliar el ámbito del debate público a fin de permitir al ciudadano común conocer los temas que deben abordar y los argumentos que sustentan las distintas posturas en torno a ellos.

Si Fiss tiene razón y la concepción democrática de la libertad de expresión es la lectura correcta de este derecho fundamental, entonces el Estado puede desempeñar dos papeles distintos: por una parte, puede jugar el papel de censor, en cuyo caso el derecho fundamental a la libertad de expresión es un mecanismo certero para prevenir o cesar el abuso de su poder político. Por otra parte, puede cumplir la función de fomentar el debate público vigoroso, cuando poderes distintos al Estado sean los que censuran, en cuyo caso tendrá que intervenir a fin de garantizar que el débil no sea silenciado por el fuerte.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de adoptar la concepción democrática ofrecida?¹³ Fiss nos dice que la Corte estadounidense inicialmente resolvió casos sobre libertad de expresión como un ejercicio de ponderación entre el valor de la libertad –representado justamente en la libertad de expresión– y algún contravalor –por ejemplo, la seguridad nacional, la privacidad y honra de los individuos, etc.– Desde este esquema, el modelo libertario podría explicar el conflicto como una disputa entre libertad y algún otro valor. Si vence el otro valor, entonces estamos ante un límite a la libertad de expresión que excluye a cierto tipo de discurso de la tutela constitucional.

El problema con esta aproximación es que, cuando el contravalor tiene la misma jerarquía constitucional, la ponderación entre valor y contravalor se vuelve estérilmente casuística e imposible de resolverse mediante la aplicación de principios generales, y en consecuencia, arbitraria en algún grado. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el contravalor es la igualdad, digamos, en la forma del derecho fundamental a la no discriminación. Bajo la concepción libertaria habría que, en algún punto, elegir entre la libertad de quién discrimina haciendo uso de su libertad de expresión y la igualdad de quién es objeto del discurso discriminatorio. Fiss propone que desde el modelo democrático se puede replantear la dicotomía de forma mucho más fecunda: no como un conflicto entre libertad e igualdad, sino como un conflicto entre libertad y libertad. Veamos.

Fiss explica que lo problemático de, por ejemplo, las expresiones que discriminan no es sólo que afecten al valor de la igualdad –el derecho fundamental a la no discriminación– sino que, además y con independencia de ello, las expresiones que discriminan tienen como consecuencia silenciar a quien es discriminado (o excluido, o exhibido, o difamado, o ignorado). Quien es discriminado, por ser discriminado, no participa en el debate público, sea porque no se le escucha (si el discrimi-

¹³ Los siguientes cuatro párrafos sintetizan la primera conferencia incluida en el multicitado texto de Fiss, titulada *The Silencing Effect of Speech*.

nante convence, logra la exclusión del discriminado del debate público; pensemos, por ejemplo, en el caso en el que se negaba el voto a las personas de cierta raza o sin cierto capital) o porque si se le escucha no se le valora por haber sido descalificado como interlocutor previamente. A esto, Fiss le llama el efecto silenciador del discurso. Pero el efecto silenciador del discurso no sólo se da en los casos en que el contenido del discurso de unos silencia a otros. También se hace presente en casos en que los medios empleados para propagar el discurso son a tal grado asimétricos que tienen el efecto de marginar el discurso de una de las partes al grado de hacerlo inaudible.¹⁴

En cualquier caso, lo importante del modelo democrático es que la libertad de expresión deviene en un derecho instrumental con el objetivo inmediato de garantizar una deliberación pública influyente, deliberación que se inserta necesariamente en el ámbito de lo político, pues la deliberación a su vez tiene por objeto posibilitar el autogobierno colectivo, la democracia. En el modelo democrático el Estado está constitucionalmente legitimado para intervenir, restringiendo el discurso de un interlocutor, a fin de contener el efecto silenciador de su discurso, sea por su contenido, o bien por el medio que utiliza. Pero lo importante es que está legitimado para hacerlo en nombre de la libertad de expresión misma, no en nombre de otro valor y a pesar de ella. Cuando así lo hace, cumple una función análoga al de un moderador parlamentario: retira el uso de la palabra a algunos para asegurarse de que otros accedan también a ella.

Lugares comunes

Quisiera brevemente abordar algunos de los lugares comunes utilizados más frecuentemente en las discusiones en torno a la libertad de expresión que no comparto y que quisiera controvertir. El primer lugar común que no comparto, es el que afirma que existen diferentes tipos de discurso y que la clasificación de un discurs-

¹⁴ En memoria reciente, en México tenemos el episodio en el que la Suprema Corte resolvió el caso de la *Ley Televisa*. Durante los días en que se discutía el caso ante la Corte, Televisa y TV Azteca, las dos principales televisoras nacionales –y principales interesadas en el resultado del fallo– transmitían en su noticiero estelar notas abundantes en las que acusaban a la Suprema Corte –que ya perfilaba una derrota a los intereses de las televisoras– de ser *chavista* y totalitaria, y a los dos senadores que encabezaban la impugnación de la ley de ser: en un caso, un corrupto agente de intereses extranjeros y, en el otro, un asesino. La Corte y los senadores distan mucho de ser grupos vulnerables: la Corte tenía a su alcance medios de difusión –como el Canal Judicial– y los senadores contaban con amplia cobertura en los medios impresos y alguna cobertura en radio y televisión restringida. Sin embargo, la *diferencia* entre la capacidad de comunicar de las dos principales televisoras con red nacional y la Corte o los senadores resultaba tan abismal que tuvo por efecto silenciar a estos últimos interlocutores para una gran parte de la población nacional.

so bajo cierto tipo es el eje central para determinar si se encuentra tutelado constitucionalmente o no. Desde este concepto, ciertas categorías de discurso están tuteladas por la libertad de expresión y otras no, o no tanto.¹⁵ En mi opinión, lo que tutela la libertad de expresión no es la expresión en sí misma –que puede ser más o menos valiosa–, sino la función que desempeña –asegurar que la pluralidad y diversidad de temas y posiciones respecto de ellos no sea sofocada. El ejercicio de clasificar distintos tipos de discurso de alguna forma prejuzga sobre qué discursos cumplen o no cumplen la función, sin atenerse al discurso concreto que pretende la tutela constitucional; esto es, la categorización prejuzga sobre la valía del discurso.¹⁶ Además, al prejuzgar, constriñe el análisis sobre los efectos de incluir, excluir o potenciar un discurso específico y en consecuencia sobre qué aporta dicho discurso a la convivencia democrática. Por supuesto, es más fácil tener cajones en los que se clasifican los discursos y dependiendo de su clasificación se les tutela más o menos, pero flaco favor se le hace a la deliberación colectiva, pues empobrece el potencial de conocer e interpretar los discursos que se llegan a ofrecer. Lo importante no es preguntarnos sobre qué tipo de expresión se le otorga o niega tutela; lo importante es preguntarnos sobre qué se dice con la expresión que se tutela o se descobia. No importa si lo que se dice encuadra en tal o cual categoría de expresión; importa también ver quién emite ese mensaje y en qué circunstancias lo hace.

¹⁵ Por ejemplo, Juan Antonio Cruz Parceró sostiene que hay categorías de discurso privilegiadas: el discurso religioso, el político y el artístico: “..hay especialmente tres aspectos de estas libertades que resultan en todo momento cruciales en una sociedad libre. La libertad de manifestar creencias religiosas, la de manifestar ideas políticas y, una generalmente ignorada en los escritos teóricos, la libertad de creación artística, es decir, de manifestarse artísticamente.” J. A. Cruz Parceró, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz” en S. Vázquez Camacho (comp.), *op. cit.*, p. 18. Más adelante sostiene que “La libertad de creación artística es una forma de manifestar ideas que merece especial protección, el que un ser humano pueda expresarse artísticamente es considerado algo valioso intrínsecamente...”, *ibid.*, p. 21.

¹⁶ Supongamos que aceptamos que el discurso religioso, por serlo, merece una tutela preferencial al discurso pornográfico u obsceno (una categoría de discurso a la que históricamente se le ha negado valía constitucional). No me queda claro por qué debemos presumir que una tesis teológica necesariamente sea de mayor valía que una imagen pornográfica. Supongamos que la tesis teológica que poco o nada aporte a las discusiones teológicas, políticas, culturales y sociales (v.g. argumentar a favor de la adopción de la tesis de la inmaculada concepción de María, tesis elevada a dogma de fe desde el siglo XIX). En contraste, supongamos que la imagen pornográfica aporta una nueva perspectiva sobre cómo disfrutar sanamente del erotismo para miles de personas (estoy pensando en la pornografía feminista, o el *post-porn* que dejan atrás el perfil machista que domina a la pornografía comercial, sin sacrificar la celebración del erotismo). ¿Porqué habría de valer más uno que otro *a priori*? En caso de tener que optar entre tutelar –sea protegiendo o fomentando– un tipo de discurso por encima del otro, sería más sensato fijarnos en qué aporta cada uno a los individuos o a la colectividad, en el contexto histórico y cultural existente.

En segundo lugar, quiero desechar la idea de que la expresión se distingue nítidamente de la acción.¹⁷ Lo relevante que debemos preguntarnos no es cuál es el medio por el cual nos expresamos –lingüístico, simbólico, pictórico, material, omisión–, sino si lo que hacemos es comunicar algo o no.

El tercer lugar común que quiero rechazar es, que la libertad de expresión es un derecho fundamentalmente oponible al Estado.¹⁸ Históricamente, no me cabe la menor duda que ése fue el paradigma desde el cual se consagró el derecho a la libertad de expresión: se trataba de proteger al disidente político de la violencia del Estado. Sin embargo, la genealogía de este derecho fundamental no me parece razón suficiente para acotar su función. Hoy es simultáneamente más visible y más frecuente que los poderes privados funjan como opresores. En particular, la comunicación, en comunidades políticas tan amplias como las que hoy existen, tiene como principal vehículo –y en consecuencia, como principal fuente del efecto silenciador del discurso– a los medios de comunicación masiva privados, en nuestro país innegablemente más importantes, tanto cuantitativa (hay más) como cualitativamente (tienen mayor difusión), que los medios de comunicación públicos.

Este último punto es importante precisarlo. Es ya una tesis aceptada ampliamente que los grandes poderes privados son una amenaza a la libertad de expresión,¹⁹ pero creo que se les otorga este carácter por analogía con el Estado. Esto es, se refiere a quienes derivan su poder de un servicio público –por ejemplo, la radiodifusión–; un poder económico que les otorga influencia desmedida sobre el Estado, el mercado, la sociedad o todos –por ejemplo, una empresa o familia de empresas que monopolizan servicios básicos como la telefonía–; o bien una lealtad o una estructura que histórica o prácticamente rivaliza o compite con el Estado; por ejemplo, la Iglesia católica. En todos estos casos, estamos todavía muy cerca del Estado como figura paradigmática del censor.

¹⁷ Francisca Pou, por ejemplo, cita a Pablo Salvador distinguiendo dichos y escritos de los hechos “como el espíritu de la materia”. F. Pou, “El precio de disentir”, en S. Vázquez Camacho (comp.), *op. cit.*, p. 2. La distinción entre dichos y hechos es cada vez menos relevante en el ámbito de la libertad de expresión. El ejemplo clásico en que un general le dice “fuego” a un pelotón de fusilamiento ya no es la excepción para controvertir la regla. En la sociedad de la información, decir y actuar se confunden cada vez más.

¹⁸ Nuevamente, Pou cita a Pablo Salvador sosteniendo que una “premisa dominante” de la libertad de expresión es que se ha de proteger a quien “se enfrenta individualmente al poder constituido, preferentemente al público, aunque también al poder privado”, *ibid.*

¹⁹ Por ejemplo, Pedro Salazar y Rodrigo Gutiérrez abundan sobre éste punto, refiriéndose explícitamente a los posibles –o actuales– transgresores privados de la libertad de expresión: los grandes poderes económicos –medios de comunicación, empresas multinacionales, grupos delincuenciales. Seguramente no tendrían inconveniente en incluir en la lista a poderes no económicos –o no sólo económicos– como las iglesias, pero parecen tener en mente a poderes *análogos* al Estado en algún sentido. *El derecho de la libertad...*, pp. 6-7.

Si nos tomamos en serio que la libertad de expresión no tutela la expresión en sí misma, sin calificativos, sino la pluralidad y diversidad de la expresión con fines influyentes para la deliberación política, entonces tenemos que soltar el anclaje al paradigma dominante. Propongo ampliar nuestra perspectiva a fin de incluir dentro de nuestra lista de potenciales agentes capaces de vulnerar la libertad de expresión –capaces de silenciar a otros interlocutores–; no sólo a los agentes privados que, por decirlo de alguna manera, tienen un poder desproporcionado en términos absolutos, sino también a los agentes privados que tienen un poder desproporcionado en términos relativos al interlocutor silenciado.²⁰ Un marido que considera que las mujeres tienen la obligación de llevar a término un embarazo no deseado puede no tener un poder silenciador sobre los candidatos a un cargo de elección popular que proponen como plataforma de campaña despenalizar el aborto en su estado, pero bien puede tener la capacidad de silenciar a su esposa en una conversación con su hija embarazada que está por decidir si viaja al Distrito Federal para interrumpir el embarazo no deseado.²¹

II. El género como expresión y expresiones sobre el género

Entrando en materia, en este apartado expongo por qué considero que el género debe entenderse como expresión. Hecho esto, pasaré a explorar las implicaciones normativas de entender al género como expresión desde dos vertientes: el género como expresión tutelada y el género como expresión que, a su vez, se yergue como un límite a las expresiones de otros sobre el género.

²⁰ Por lo demás, no creo que mi propuesta genere resistencias. Más bien creo que explicita lo que puede entenderse como implícito –por irrelevante– en las discusiones usuales sobre la libertad de expresión. La ampliación que propongo puede ser irrelevante al discutir la regulación de la propaganda política o los usos del espectro radioeléctrico, pero es total al abordar el género. Al menos creo que, por ejemplo, Salazar y Gutiérrez coincidirían sin mayor problema ya que al explicar porqué los agentes privados también pueden amenazar a la libertad de expresión se apoyan en una concepción relacional del poder y la libertad. *Cfr. op. cit.* p. 6.

²¹ No propongo que el estado deba de intervenir directamente en las expresiones entre privados, como la que refiere el ejemplo. Lo que pretendo al plantear el ejemplo es ilustrar lo relativo del poder de un privado y lo relativo de su capacidad para silenciar a otros. Quiero ilustrar el efecto silenciador, aunque en la ponderación final se concluya que la privacidad pesa más que la libertad de expresión en un caso como este, ello no implica que se presente el fenómeno del efecto silenciador aquí. Agradezco a Estefanía Vela Barba el haberme hecho notar la necesidad de esta aclaración.

El género como expresión

Para entender en qué sentido el género es expresión, es preciso adentrarnos un poco más en el análisis de a qué nos referimos cuando empleamos el término hoy en día. Para ello me apoyo nuevamente en Joan Scott.

Después de analizar la evolución histórica del uso del concepto género, Scott expone una concepción rica y compleja de género, que pone de manifiesto mucho de lo que es importante entender del género como forma de expresión: “El núcleo de la definición depende de la conexión integral entre dos propuestas: el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, las cuales se basan en las diferencias percibidas entre los sexos, y el género es una forma primaria de las relaciones simbólicas de poder”.²²

La primera propuesta, el género como elemento constitutivo de las relaciones sociales, a su vez se desdobra en cuatro elementos “ninguno de los cuales resulta operativo sin los demás”.²³ El primer elemento lo constituyen “los símbolos disponibles que evocan múltiples (y a menudo contradictorias) representaciones” y nos ofrece a Eva y María como ejemplo de los símbolos de género de la tradición cristiana occidental. El segundo elemento son “los conceptos normativos” que orientan la interpretación de estos símbolos, conteniendo y limitando sus posibles interpretaciones.

Estos conceptos [normativos] se expresan en las doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, y adquieren básicamente la forma de oposiciones binarias fijas y afirman de forma categórica e inequívoca el sentido de hombre y mujer, de lo masculino y lo femenino. De hecho, estos juicios normativos dependen del rechazo o de la represión de otras posibilidades alternativas, y algunas veces se presenta una lucha abierta sobre ellos [...] Sin embargo, la posición dominante queda establecida como la única posible. Y la historia subsecuente se escribe como si estas posiciones normativas fueran el resultado de un consenso social, en lugar de ser el resultado de un conflicto.²⁴

Me detengo un momento aquí, porque este segundo elemento de la definición es particularmente relevante para la libertad de expresión. El segundo elemento que nos propone Scott es un conjunto de conceptos normativos, doctrinas religiosas, jurídicas, políticas, etc., que nos dicen cómo deben—más precisamente, como pueden—interpretarse esos símbolos. Los conceptos normativos dominantes con-

²² J. Scott, en *op. cit.*, p. 65.

²³ Los párrafos subsecuentes sintetizan la primera propuesta de Scott, *ibid.*, pp. 66-68.

²⁴ *Ibid.*, p. 66.

trastan y suprimen a otras posibles interpretaciones de los símbolos, naturalizando las posibilidades interpretativas que logran imponerse. Esto es, la interpretación de los símbolos se forja mediante el contraste de opciones interpretativas que, una vez que domina una de ellas, suprime a sus rivales. Lo que está en juego es la interpretación de los símbolos que nos dice cómo somos en tanto hombres y mujeres (y, habría que añadir antes, que somos hombres o mujeres) y cómo debemos ser como hombres o como mujeres. El género consiste, en parte, en una interpretación que se pretende hegemónica y que suprime interpretaciones diversas sobre lo que somos. En el género, estamos netamente en el ámbito del discurso, y más específicamente un discurso que se pretende imponer como hecho fijo, desplazando cualquier alternativa.

El tercer elemento que contempla Scott son las instituciones sociales y las organizaciones que adoptan y reproducen (permitiendo así que opere) la interpretación de los símbolos que se presenta como fija y como producto del consenso, sin serlo. Scott habla, al menos, de cuatro instituciones en las que esto sucede: el parentesco, el mercado de trabajo, la educación y el régimen de gobierno.

Tenemos ya un panorama más o menos completo del género como construcción de significados sobre qué somos y cómo podemos/debemos relacionarnos en sociedad. Falta aún un cuarto elemento: la identidad subjetiva. Los símbolos, las indicaciones sobre cómo interpretarlos y las instituciones sociales que adoptan y reproducen estas interpretaciones tienen un impacto directo en cómo nos entendemos a nosotros mismos. Pero igual tendríamos que reconocer que nuestra identidad subjetiva adopta las interpretaciones normativas, lo que posibilita que los símbolos signifiquen, que las instituciones sociales operen y que se acepten los conceptos normativos sobre la interpretación de los símbolos.

Este análisis del género nos hace difícil negar la íntima vinculación entre la libertad de expresión y el género. El género se conforma mediante un cúmulo de expresiones: símbolos, doctrinas que nos dicen cómo interpretar esos símbolos, instituciones y organizaciones que nos exigen aceptar esos símbolos e ideas sobre nosotros mismos que reflejan y posibilitan todo lo anterior. El género es uno de los discursos que más nos atraviesan y nos vinculan los unos con los otros; el género dota de sentido a nuestras instituciones, a nuestras doctrinas, a los símbolos que compartimos y, finalmente, a nuestras identidades subjetivas. Cuando uno actúa conforme a su rol de género está tomando sentido de los símbolos y doctrinas, está utilizando ese sentido para poder actuar dentro de las instituciones y organizaciones sociales primordiales –familia, escuela, religión, gobierno– y está confirmando y reafirmando ese sentido al entenderse a sí mismo por medio del marco interpretativo resultante. El género, como expresión, como discurso, dota de sentido y define a las personas, las instituciones, las relaciones y los símbolos. Vestir a

un neonato de azul, dice algo sobre lo que se espera de él, sobre lo que, a partir de ese momento, es: se lo dice a él y nos lo dice a los demás.

Scott nos dice que “[e]l esquema que he presentado sobre el proceso de construcción de las relaciones de género puede ser utilizado para discutir sobre la clase, la raza, la etnicidad o sobre cualquier otro proceso social”.²⁵ Tiene razón, pero ello no le resta fuerza a la dimensión discursiva y expresiva del género. El género nos dice mucho sobre lo que somos, sobre lo que debemos ser e incluso –y esto sea tal vez lo más importante de fomentar la diversidad de discursos/género y discursos sobre el género– sobre lo que podemos ser.

Hasta aquí la dimensión discursiva y expresiva del género. Pasemos a explorar el perfil específicamente político de la expresión que nos ocupa. Scott remite a su segunda propuesta sobre lo que es el género a aquello que considera le es más específico (sin llegar a plantearlo como exclusivo), su capacidad para articular las relaciones de poder:

el género es una forma primaria de las relaciones simbólicas de poder. Sería mejor decir que el género es un campo primario dentro del cual, o por medio del cual, se articula el poder. El género no es el único campo, pero parece que ha sido una forma persistente y recurrente que ha hecho posible la significación del poder en occidente, en la tradición judeo-cristiana y en la islámica. [...] Los conceptos sobre el género, establecidos como objetivos o un conjunto de referencias, estructuran la percepción y la organización concreta y simbólica del conjunto de la vida social. Y el género queda implicado en la concepción y construcción del poder en sí mismo, en la medida en que tales referencias establecen determinadas distribuciones de poder (el control diferencial sobre los recursos materiales o simbólicos y el acceso a ellos).²⁶

El género provee las directrices que naturalizan y legitiman la distribución de poder. Es un discurso profundamente (más no exclusivamente) político.

El uso político del género no se limita a las relaciones entre las diferencias sexuales percibidas entre hombres y mujeres. Citando al antropólogo Maurice Godelier, Scott sostiene que las diferencias sexuales se invocan con frecuencia con relación a fenómenos sociales que no tienen que ver con la sexualidad, pero que al vincularse con las diferencias sexuales, se les legitima. El género funge como clave para interpretar relaciones sociales que no tienen que ver con la sexualidad, y las legitiman.²⁷ “El género ha sido literal o analógicamente utilizado en la teoría po-

²⁵ *Ibid.*, p. 68.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Para ella, la función legitimadora del género se manifiesta de múltiples formas y lo sostiene refiriendo a múltiples ejemplos en los que la organización económica o política de una sociedad, o un fenómeno histórico concreto –como la dominación colonial de América o la espiritualidad medieval– se ar-

lítica para justificar o criticar el reinado de los monarcas, y para expresar la relación entre el gobernante y los gobernados.²⁸ Más adelante continúa:

El género es una de las referencias recurrentes a través de las cuales el poder político ha sido concebido, legitimado y criticado. El género se refiere a la oposición hombre/mujer, pero al mismo tiempo también establece el significado de ésta. Para reivindicar el poder político, la referencia debe parecer segura y fija, fuera de cualquier construcción humana, y debe formar parte del orden natural o divino. En este sentido, la oposición binaria y el proceso social de las relaciones de género pasan a formar parte del significado del propio poder; y el hecho de cuestionar o alterar algún aspecto del mismo representa una amenaza para el conjunto del sistema.²⁹

Así, el género está tan imbricado con el lenguaje simbólico del poder, que problematizar al género es, necesariamente, una empresa política en el sentido estricto del término. El género es político en los sentidos estricto y lato de la palabra: configura relaciones de poder entre los individuos, sea en la alcoba, en la escuela, en el consultorio o en el juzgado; pero también es político en la medida en la que el discurso sobre el poder se lee, frecuentemente, en clave de género.

En síntesis, el género es expresión y, en forma importante, expresión política en todos sus sentidos.

La tutela del género como expresión

Existen buenas razones para tutelar al género como expresión, sea que el género se manifieste en la forma de expresiones lingüísticas o de conductas, pero en todo caso, que reflejen o informen las interpretaciones de lo que somos en tanto hombres y mujeres (o en su caso, ni lo uno ni lo otro) y, sobretodo, porque se trata de una expresión profundamente política. ¿Qué implica concederle al género la tutela constitucional como expresión?

Quiero ejemplificar la riqueza del análisis que se desprende de asumir la premisa de que el género es expresión desde dos perspectivas: cuando se pretende reafirmar un papel de género dominante y cuando se pretende combatir algún aspecto de un papel de género dominante. En ambos casos tendríamos, en principio, que tutelar constitucionalmente al género como expresión, sin que ello sea obstáculo para que, considerando cuestiones diversas –si la expresión que pretende tute-

ticoló en términos de la distinciones entre hombres y mujeres, entendidas como naturales. Cfr. J Scott, en *op. cit.* p. 69.

²⁸ *Ibid.*, p. 73.

²⁹ *Idem.*

lar tiene un efecto silenciador sobre otras expresiones, por ejemplo—, pueda matizarse o derrotarse dicha tutela.

Comencemos por expresiones de género que reafirman un papel de género establecido. Es ampliamente conocida la controversia que se suscitó en torno al uso del velo por mujeres islámicas en ciertos espacios públicos en Europa occidental, particularmente el uso del velo por estudiantes islámicas en las escuelas francesas, el cual les es prohibido por ley. Usualmente, el caso se ha analizado como un conflicto entre la percibida discriminación de que son objeto estas jóvenes por portar el velo y su libertad de expresión, entendiendo su expresión como una expresión sobre creencias religiosas y culturales. Salazar y Gutiérrez nos dicen al respecto: “Esas prácticas tienen un talante comunitario-religioso y, según el informe de la Comisión [Stasi, que realizó los trabajos previos que dieron lugar a la legislación prohibitiva] rompen con el principio de la igualdad entre hombres y mujeres porque colocan a estas últimas en una situación de marginación”.³⁰

Así, el conflicto se ha entendido como uno entre el derecho a la no discriminación —de las jóvenes musulmanas— y el derecho a la libertad de expresión religiosa. Aquí es donde comienza el problema del planteamiento del conflicto como uno entre la libertad de expresión religiosa y la no discriminación. ¿Quién detenta el derecho a la libertad de expresión (religiosa) que debe ponderarse? En realidad, el legislador francés presumió que la expresión consistente en portar el velo no es una expresión voluntaria de las jóvenes, sino una imposición de sus padres y comunidades. Así la expresión sería impuesta, no propia. Como lo señalan Salazar y Gutiérrez, esta presunción desarticula el conflicto: en realidad no hay derecho de libre expresión tutelado, la expresión no es libre.³¹ Bajo este supuesto, el velo se debe prohibir, pues vulnera dos derechos fundamentales de las jóvenes musulmanas: el de la no discriminación y el de la libre expresión.

El problema está en que la imposición del velo a las jóvenes no debiera presumirse, sino demostrarse. Negarle, *a priori*, el reconocimiento pleno de autonomía a estas jóvenes e imputarle la expresión religiosa no a ellas, sino a sus padres o comunidades, es un recurso retórico y argumentativo mientras no se demuestre en los hechos y eso sólo se puede hacer caso por caso, no vía una ley general. Bien puede ser que sea el caso que estas prácticas son impuestas, coaccionadas y no voluntarias, pero el Estado no debe presumirlo.

Creo que el caso se puede analizar en forma mucho más fértil si lo replanteamos como un conflicto entre dos derechos a la libertad de expresión. En primer lugar, creo existe una imprecisión importante en cómo se ha entendido la conducta expresiva consistente en portar un velo. No creo que portar el velo tenga como

³⁰ P. Salazar y R. Gutiérrez, *El derecho a la libertad...*, p. 75.

³¹ *Ibid.* p. 76.

principal función expresar algo sobre la religión de estas jóvenes. Creo, más bien, que expresan algo sobre su papel de género. Por supuesto, lo que expresa el papel de género que asumen y reflejan al portar el velo se vincula íntimamente con ciertos símbolos, doctrinas e instituciones ligadas a la religión, pero dicen algo sobre ellas como mujeres antes que decir algo sobre ellas como musulmanas. Las mujeres portan el velo fuera de sus hogares o cuando están en presencia de ciertas personas (los ajenos a su hogar), no en todo momento o en ciertos rituales religiosos. Así, el uso del velo tiene que ver con cómo se deben relacionar como mujeres. En los países con gobiernos teocráticos islámicos todas las mujeres deben cubrirse, no sólo las que profesan la fe oficial. Los hombres musulmanes no portan el velo, ni en casa ni en el espacio público. Además, la profesión de la fe islámica no se representa directamente por el velo: el velo no tiene la misma función entre los musulmanes que la cruz tiene entre los católicos. La analogía es imprecisa y, por decirlo de alguna forma, cristiano-centrista. El velo expresa, principalmente, algo sobre qué son las mujeres y cómo deben interactuar con los hombres, con las personas ajenas a su hogar, y en general en espacios públicos, por ser mujeres.

Así, desde la perspectiva que propongo, el análisis del caso arrojaría las siguientes expresiones en conflicto: por una parte, la expresión del Estado que pretende comunicar la importancia de la laicidad y de la igualdad sustantiva entre hombre y mujer (esto es, concibo a la prohibición de portar el velo como un mensaje del Estado a favor de la laicidad y la igualdad entre el hombre y la mujer) y, por el otro, la libertad de expresión de las jóvenes musulmanas³² sobre cómo deben ser y aparecer las mujeres –algo sobre su papel de género– y no tanto algo sobre la religión que profesan. La disputa es simbólica y discursiva. El replantear el conflicto en estos términos no obliga a arribar a una solución determinada. Podría argumentarse que el Estado tiene un interés legítimo o, más aún, una obligación de promover la laicidad entre sus jóvenes, suprimiendo cualquier símbolo asociado con (aunque no necesariamente expresivo de) una religión que permita distinguir a las personas (por ejemplo, la Constitución mexicana ordena explícitamente que la educación sea laica), o bien suprimir actos expresivos que reflejen una aceptación o promoción de desigualdades entre hombres y mujeres en su interacción pública. Pero también se puede argumentar que las jóvenes musulmanas en Francia tienen derecho a expresar, mediante el uso del velo, aquello que ellas consideran que son o deben ser como mujeres (son responsables de evitar ser una tentación para los hombres, o bien deben de ser rigurosamente discretas fuera del hogar respecto de

³² Aquí asumo que la expresión consistente en portar el velo es libre y voluntaria, pues de no serlo, no hay tutela constitucional, al menos mediante de la libertad de expresión, pero sospecho que bajo ningún otro concepto tampoco.

su apariencia física). En todo caso, lo que parece que expresan las jóvenes musulmanas en Francia, al portar el velo en la escuela, es conformidad con el papel de género establecido en su entorno cultural.

La ponderación entre discursos puede así operar bajo los mismos principios y procurar un mismo fin: garantizar que ningún discurso sea suprimido y fomentar la diversidad y pluralidad de posiciones. Por ejemplo, la solución podría orientarse hacia proteger el discurso de género de las jóvenes musulmanas para que no sea tajantemente suprimido, pero autorizaría al Estado a expresar la importancia del carácter laico de la enseñanza y de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres: proponer, sin imponer, que las mujeres, musulmanas o no, no tienen por qué aceptar un papel de género que les exige esconder parte de su cuerpo, con todo lo que ello implica. La prohibición del uso del velo sería inconstitucional, pero se permitiría al Estado expresarse por la igualdad de género y laicidad de las instituciones públicas. O bien, tomándose en consideración la edad de las jóvenes y el medio educativo en el que se encuentran, el resultado de la ponderación podría favorecer a la supresión de distinciones de género en su totalidad, incluso las más aceptadas en la sociedad francesa como el uso de faldas o pantalones, imponiendo a hombres y mujeres el uso de un uniforme estandarizado en que hombres y mujeres usen pantalones cortos o batas largas (a esta propuesta, por supuesto, también se le pueden encontrar problemas constitucionales). En cualquier caso, es importante reconocer que –mientras el velo sea libremente adoptado y no impuesto– las mujeres musulmanas están expresando algo acerca de lo que entienden que son y lo que entienden que deben ser, en tanto que mujeres. Ningún derecho fundamental es absoluto y el derecho a la libre expresión del género de las jóvenes puede derrotarse, pero es importante que se le reconozca la dimensión expresiva vinculada al género de su conducta.

Pasemos a otro ejemplo, uno en el que los papeles de género establecidos son controvertidos mediante conductas expresivas, no reafirmados: los matrimonios homosexuales. Una de las expectativas de género que aún debe considerarse dominante es que a las mujeres les atraigan los hombres y a los hombres les atraigan las mujeres. Si uno es hombre, parte de su función de género es sentirse sexualmente atraído hacia el sexo opuesto y viceversa (y tener la capacidad de hacerse corresponder, podría agregarse). La homosexualidad contraviene este aspecto de los papeles de género establecidos en nuestra sociedad. Las mujeres que se sienten atraídas hacia otras mujeres y los hombres que se sienten atraídos hacia otros hombres son aún vistos como una desviación de lo que se espera y acepta por virtud de su género.

En el Distrito Federal, la Asamblea Legislativa instauró la figura jurídica de la sociedad de convivencia desde el año 2006. Esta institución imputa a los convivientes una parte importante de los derechos patrimoniales y obligaciones perso-

nales que el matrimonio imputa a los cónyuges en un matrimonio. Sin embargo, a finales de 2009, el mismo órgano legislativo decidió simplificar la definición de matrimonio a fin de eliminar el requisito de conformarse por un hombre y una mujer, permitiendo así matrimonios homosexuales. ¿Por qué?, ¿no bastaba a las parejas homosexuales la figura de convivencia para regular jurídicamente su unión? La posibilidad de adoptar –que tanto debate público y político ha provocado– no puede ser la razón, pues conforme a la legislación aplicable, los convivientes podían adoptar como pareja incluso antes de la reforma de diciembre de 2009.³³

Creo que lo que justifica y motiva la equiparación de parejas heterosexuales y homosexuales para efectos del matrimonio –existiendo un equivalente funcional jurídico al matrimonio como lo es la sociedad de convivencia– es la dimensión expresiva de la institución del matrimonio. El matrimonio tiene una función expresiva –una carga simbólica– importantísima. Las parejas comunican su compromiso por medio del acto de contraer nupcias. Se lo comunican entre sí, se lo comunican a su entorno y se lo comunican al Estado. Si no atribuyéramos una función comunicativa, expresiva, celebratoria al matrimonio, las parejas tramitarían sus matrimonios ante el Registro Civil como obtienen licencias de conducir.

La mayoría de las personas contraen matrimonio por su valor simbólico y por lo que representa el matrimonio en la sociedad: porque es una forma de comunicar a su entorno social el compromiso que adquieren y el afecto que les une. Me atrevo a afirmar que pocas parejas están preocupadas primordialmente, o siquiera conscientes, de las implicaciones jurídicas de contraer nupcias. En muchos casos, lo que importa –al menos al momento de contraer nupcias– es comunicar la unión, más que regularla. Los derechos vinculados a alimentos, sucesiones, interdicción, incluso adopción no difieren mayormente entre el matrimonio y la sociedad de convivencia. Lo que difiere entre el matrimonio y la sociedad de convivencia es la carga simbólica, el gran bagaje cultural e histórico que está implicado en el acto de contraer matrimonio. Tal vez eso explique el escaso uso que se ha dado a las sociedades de convivencia desde su entrada en vigor. En todo caso, veremos si poder hablar de “esposo” o “esposa” y no de “conviviente” hace una diferencia en qué tantas parejas homosexuales formalizan jurídicamente su unión.

Entre las partes involucradas y ante la sociedad se dice algo distinto cuando se contrae matrimonio que cuando se celebra una sociedad de convivencia. No se dice algo más importante o menos importante, pero sí algo distinto. De haber existido las sociedades de convivencia cuando yo contraí nupcias, habría preferido –si

³³ La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, en su artículo 5º equiparaba a los convivientes con los concubinos en lo que a la aplicación de los ordenamientos jurídicos distintos se refiere; y los artículos 391 y 392 del Código Civil para el Distrito Federal equiparan a cónyuges y concubinos en lo que adopción se refiere.

mi ahora esposa hubiera estado de acuerdo— unirme por sociedad de convivencia y no mediante matrimonio precisamente por lo que entiendo que el matrimonio implica en términos de roles de género. Habiendo estudiado los orígenes teológicos del contrato de matrimonio, hubiera preferido no involucrar esa carga simbólica, histórica y cultural en mi propia unión. Pero, al igual que las parejas homosexuales no tenían la opción de expresar su unión mediante del matrimonio, hasta la reforma jurídica de finales del 2009 no tuve la opción de decir algo distinto en aquel entonces.

No sostengo que sólo la función expresiva del matrimonio justifique o motive la tutela jurídica de las parejas homosexuales mediante la figura del matrimonio, pero sí creo que es un elemento central para entender la exigencia —y ahora, la legitimidad— de los matrimonios homosexuales. No podemos dejar de lado la función expresiva del matrimonio homosexual si pretendemos entender la importancia de la reforma legislativa recién aprobada (o la polémica que ha suscitado).

La exigencia de reconocimiento de los matrimonios homosexuales pretende, creo yo, decirnos algo sobre el carácter “desviado” de la homosexualidad: si la ley reconoce la igual legitimidad y el idéntico estatus de una unión homosexual en relación con una unión heterosexual, se nos está diciendo, como personas y como sociedad, que la homosexualidad no es o no debe ser valorada como una desviación. La pareja homosexual que contrae matrimonio dice algo a la sociedad: nuestra unión es tan legítima como cualquiera. Mediante del matrimonio las parejas homosexuales tienen un vehículo más —un vehículo jurídico y simbólico de enorme poder— para controvertir los roles de género que desafían y que aún se les pretenden imponer. En este sentido, el Estado tiene la obligación constitucional de dar acceso a las parejas homosexuales al medio expresivo que llamamos matrimonio, no sólo, o no principalmente, bajo el derecho a la no discriminación (a fin de cuentas, se podría argumentar que en cuanto a derechos personales y patrimoniales se refiere, la sociedad de convivencia equipara o puede equiparar a homosexuales y heterosexuales), sino bajo la tutela del derecho a la libertad de expresión.

Al respecto, y para efectos de la discusión en México, habría que traer a colación el precedente judicial de la *Ley Televisa*. En su fallo sobre la *Ley Televisa* la Corte explícitamente atribuyó —mejor, reconoció que la Constitución atribuye— al Estado un papel de garante de la pluralidad y la diversidad en el debate público. Pues bien, el matrimonio entre homosexuales es un caso claro que amerita protección del efecto silenciador del discurso de otros a fin de garantizar la diversidad de un interlocutor débil en el debate público. Por supuesto, el precedente de la *Ley Televisa* se refería a los medios masivos de comunicación, no a una institución jurídica como es el matrimonio. Pero si desviamos la atención de la evidente diferencia entre una ceremonia social y cultural y un medio masivo de comunicación, la diferencia entre ambas situaciones no es tanta: tanto en el caso de las concesiones so-

bre el espectro radioeléctrico, como en el caso del matrimonio, el Estado es quien tiene la llave para dar acceso a las personas a ambos medios de expresión. Es el Estado quien, por vía de la concesión, decide y autoriza en cada caso quién tendrá control del espectro radioeléctrico como medio para la expresión, y le establece condiciones específicas para el uso de dicho medio. En el caso del matrimonio, el Estado también fija los criterios sobre quién califica para expresarse utilizando ese medio, establece condiciones a los usuarios y autoriza caso por caso. La diferencia, en lo que al Estado se refiere, estriba en que en el caso del espectro, el vehículo de comunicación es necesariamente escaso, mientras que en el caso del matrimonio, el vehículo de comunicación es artificialmente escaso. Pero la función del Estado es la de ser portero, restringiendo y permitiendo el acceso a un medio de expresión. Otra diferencia es la magnitud del auditorio: la radiodifusión tiene un auditorio tumultuario, el matrimonio tiene un auditorio más o menos restringido al ámbito social de quienes se expresan por medio de esa institución. Pero ésta es una cuestión de grado; no varía el carácter de medio de comunicación de ambas figuras jurídicas controladas por el Estado. En ese sentido, radiodifusión y matrimonio se asemejan más el uno al otro de lo que cualquier de ellos se asemeja, por ejemplo, a quien reparte panfletos en la calle: este último no requiere de la autorización del Estado ni debe cumplir requisitos establecidos por él. En este sentido, con independencia de las declaraciones.

Pues bien, si el portero tiene el mandato constitucional de diversificar y ofrecer una pluralidad de mensajes, tendría que hacerlo tanto en el caso del espectro radioeléctrico como en el caso de la institución matrimonial. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de permitir la diversidad de expresiones vinculadas a los roles de género extendiendo el uso del matrimonio como expresión en particular a quienes expresan roles de género que aportan diversidad al “mercado de ideas” sobre las relaciones de género en la sociedad.

Abundaré más sobre las implicaciones constitucionales de los matrimonios homosexuales en el último apartado, pero por ahora basta sostener que los matrimonios homosexuales deben analizarse constitucionalmente como expresiones mediante la contravención del género establecido, con independencia de que se analicen bajo los derechos fundamentales a la igualdad, la no discriminación, la protección de la familia, la salud, etcétera.

Portar un velo o contraer matrimonio son actos comunicativos que merecen tutela constitucional bajo el derecho a la libertad de expresión, sin que se agote su valía en su dimensión expresiva.

Las expresiones sobre el género

¿Qué consecuencias tiene entender al género como expresión en el caso de las expresiones que versan sobre el género? Esto es, ¿cuáles son las implicaciones normativas de entender al género como expresión para efectos de la libertad de expresión cuando se trata de expresiones que dicen algo sobre el género sin ser expresiones de género? Tomando por bueno el modelo democrático de la libertad de expresión, se torna aquí relevante la función del Estado como moderador que busca eliminar o atenuar el efecto silenciador del discurso de unos a fin de que no suprima el discurso de otros. Veamos.

El género como expresión (en particular –mas no exclusivamente– las conductas y expresiones de género que controvierten los roles de género) debe ser protegido cuando el discurso sobre el género amenaza con silenciarle. El efecto silenciador se potencia en la medida en que la expresión silenciadora descalifica o intimida a los interlocutores. Descalificar, en la medida en la que dice algo sobre el interlocutor y no sobre el tema en disputa, tiene un efecto silenciador particularmente potente y nocivo, además de que no aporta argumentos a la discusión de fondo. Para muestra, un botón: tomaré como ejemplo nuevamente el matrimonio entre homosexuales, recientemente legalizado en el Distrito Federal.

En los días que siguieron a la reforma legislativa que abrió la posibilidad a los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal, el arzobispo primado de México, Norberto Rivera, emitió declaraciones muy fuertes al respecto. Cito algunos pasajes:

[la reforma legislativa que permiten matrimonios homosexuales] ha abierto las puertas a una perversa posibilidad para que estas parejas puedan adoptar a niños inocentes, a quienes no se les respetará el derecho a tener una familia constituida por una madre y un padre, con los consecuentes daños psicológicos y morales que provocará tal injusticia y arbitrariedad.

[...]

La Iglesia considera una aberración equiparar las uniones entre personas del mismo sexo con el matrimonio, pues éstas son incapaces de alcanzar los fines que dieron origen a esta imprescindible institución que, para los cristianos, no obedece sólo a una forma de organización social, sino que es un orden instituido por Dios desde la creación del mundo, y sobre esta voluntad divina que rige la moral conyugal no puede estar ninguna ley humana.³⁴

³⁴ “Inmorales y aberrantes, las reformas aprobadas: Norberto Rivera”, en *La Jornada*, martes 22 de diciembre de 2009.

De entrada, la retórica del cardenal es obstáculo para el intercambio de posturas sobre el tema: nunca llama al matrimonio homosexual “matrimonio” sino “unión”; asimismo, la oposición entre la perversidad de la pareja homosexual adoptante y la inocencia del niño adoptado, deja en una situación difícil a los interlocutores –las parejas homosexuales–, pues les descalifica como perversos y les sitúa como contrapartes no del arzobispo, sino del niño inocente a ser adoptado. Pero el corazón del mensaje descalificador del interlocutor está en señalar que la pareja homosexual es necesariamente “incapaz de alcanzar los fines” del matrimonio: se trata de un claro mensaje sobre el género. Por definición los homosexuales no pueden expresarse mediante del matrimonio. Las personas deben ser atraídas por el sexo opuesto pues el objetivo de la interacción sexual debe ser la reproducción, cuestión que las parejas homosexuales no pueden alcanzar (por sí solas). Se está atribuyendo una finalidad necesaria al matrimonio, que excluye necesariamente a las parejas homosexuales. Además, el cardenal cimienta su sentencia sobre la necesaria finalidad del matrimonio en un orden inalterable –divino y fijo– que existe “desde la creación del mundo”.

Los pronunciamientos del cardenal sirven de ejemplo perfecto para ilustrar las doctrinas normativas a las que se refiere Scott: presenta como unívoca su interpretación de los símbolos que dan sentido a las instituciones (la institución del matrimonio), la fija de forma inexpugnable. Con ello, suprime la posibilidad de interpretaciones simbólicas alternativas y, en consecuencia, reclama el monopolio sobre el sentido de las instituciones, en este caso el matrimonio. Tal como lo describe Scott, se trata de una interpretación (discurso) que busca suprimir a su rival.

Dudo mucho que los pronunciamientos del cardenal vayan a inhibir a las parejas abiertamente homosexuales de contraer matrimonio. También dudo que quién sea homosexual deje de serlo en virtud de lo dicho por el cardenal. Sin embargo, creo que, al menos entre la población homosexual católica, los pronunciamientos del cardenal inhibirán a algunas parejas o personas de buscar expresar su compromiso íntimo o su amor por la vía del matrimonio. En su mensaje, el cardenal amedrenta a los homosexuales, al menos a los que son fieles a su fe, de la conducta que se espera de ellos: en su comunicado sentencia que los matrimonios homosexuales “no tienen futuro”, pues “‘son pocas las personas homosexuales’ que desean unirse bajo este esquema con su pareja...”³⁵ El comunicado del cardenal parece diseñado específicamente para inhibir el uso del matrimonio por parte de las parejas homosexuales.

Aceptando el modelo democrático de la libertad de expresión en que el Estado debe intervenir, retirando o restringiendo el uso de la palabra a un interlocutor para asegurar que otros no sean excluidos de participar en la deliberación colectiva-

³⁵ *Idem.*

va, y entendiendo al género como libertad de expresión, debemos asumir las consecuencias normativas inmediatas en el presente caso: el Estado debe proteger la expresión (el cuestionamiento del rol de género establecido mediante la celebración de un matrimonio entre homosexuales) por medio de la restricción (que no supresión total) del discurso del cardenal, a fin de evitar o minimizar las descalificaciones y amenazas veladas. Esto es así porque el tono amenazante y descalificador del cardenal Rivera produce un efecto silenciador entre potenciales parejas homosexuales (especialmente las católicas) que pudieran o quisieran expresarse mediante la celebración de un matrimonio civil, pero que son inhibidas por ese tono y esa forma. El cardenal puede expresarse respecto del matrimonio, pero no de forma que suprima la expresión de los demás. El Estado debe proveer un remedio para contrarrestar las palabras del cardenal, sea el remedio multarle a fin de dejar en claro al público en general que el cardenal se sobrepasó en su dicho e infringió los derechos de terceros, exigirle que emita una disculpa pública, realizar una campaña nacional de concientización sobre la posibilidad de contraer matrimonio en el Distrito Federal con independencia de la posición de una asociación religiosa o cualquier otro remedio establecido en ley, específicamente en la legislación que regula a las asociaciones religiosas.

A manera de conclusión: exigibilidad de la libertad de expresión de género

A manera de conclusión y con la finalidad de dotar las reflexiones anteriores de alguna utilidad práctica, quiero explorar las distintas posibilidades de exigibilidad del derecho a la libertad de expresión cuando tutela al género como expresión.

Tradicionalmente, se utilizaba la distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer como base de una clasificación binaria en la que se asociaba a los derechos civiles y políticos con obligaciones de no hacer por parte del Estado, y a los derechos económicos, sociales y culturales –como el derecho a la salud– con un hacer; esto es, con la obligación del Estado de destinar recursos a fin de proveer una prestación a favor de los titulares de derechos. Hoy, la teoría constitucional contemporánea reconoce que los derechos fundamentales tienen una complejidad mucho mayor que la distinción binaria entre hacer y no hacer.³⁶ Entendemos que los derechos fundamentales que se identificaban con un no hacer –como el derecho a la propiedad– implican también distintos tipos de hacer que a su vez involucran gastos considerables para el Estado –por ejemplo, sostener registros públicos de la propiedad o sufragar los abundantes costos del funcionamiento de juzgados

³⁶ Las líneas que siguen se basan en el texto de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2ª ed., Trotta, 2004, capítulo 1.

a fin de tutelar con eficacia la propiedad. Asimismo, se reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales se traducen, generalmente, en obligaciones de hacer a cargo del Estado –prestar servicios de salud, financiar vivienda económica–, pero que también implican, como mínimo, obligaciones de no hacer –no dañar la salud mediante una campaña publicitaria que fomente el tabaquismo, no privar de la vivienda a las personas que ya la tienen, etcétera.

La doctrina constitucional contemporánea propone que los derechos fundamentales se traducen en obligaciones de distinta naturaleza a cargo del Estado, que van desde la no intervención o no afectación del goce de un bien (el no hacer), hasta distintos grados de hacer que implican mayor o menor aportación de recursos. Se habla de distintos niveles de obligaciones a cargo del Estado: la obligación de respetar –esto es, de no afectar–, la obligación de proteger –esto es, de cuidar que terceros no afecten–, obligaciones de garantizar –esto es, asegurar que el titular de un derecho acceda a un bien determinado–, y finalmente, obligaciones de promover –esto es, establecer condiciones para que los titulares del derecho accedan a un bien. No todo derecho implica todos los niveles de obligación, pero distintos niveles normalmente se ven involucrados en hacer efectivo cada derecho.

Partiendo de esta forma de entender a los derechos fundamentales, se pueden esbozar algunas obligaciones del Estado que se desprenden de la tutela constitucional de la expresión de género. Abordaré los cuatro tipos de obligación, ofreciendo ejemplos de casos en los que son relevantes tales obligaciones.

En lo que se refiere a la obligación más elemental del Estado, éste no debe censurar el género como expresión. Aquí viene al caso el ejemplo del uso del velo por las jóvenes musulmanas en Francia. La legislación vigente en Francia estaría incumpliendo con la obligación de respetar la expresión de género de las jóvenes musulmanas, estaría censurando y directamente suprimiendo esa expresión por medio de la fuerza coercitiva del Estado.

En cuanto a la obligación de proteger se refiere, el Estado tendría la obligación de contener las expresiones cuyo efecto silenciador suprimiera la expresión de género. El caso de las declaraciones del cardenal Rivera es paradigmático: su discurso tiene el objetivo explícito de suprimir la expresión que, mediante la celebración del matrimonio entre homosexuales, cuestiona directamente un aspecto del rol de género, la preferencia sexual. Aquí el Estado estaría obligado a prevenir o contrarrestar el discurso del cardenal, o bien, de ser necesario, sancionar al cardenal conforme a la legislación aplicable en materia de instituciones religiosas.

En lo que a garantizar se refiere, el mejor ejemplo lo ofrece nuevamente la legislación que autoriza los matrimonios entre homosexuales. No siendo un bien naturalmente escaso, el matrimonio es un vehículo de expresión que puede otorgarse a todo aquel que quiera expresar lo que entiende de sí y de su debido papel de género. En este sentido, las parejas homosexuales tienen la posibilidad de exi-

gir acceso a ese medio de expresión, sin necesidad de limitar sus ambiciones a la obtención del reconocimiento de derechos patrimoniales y personales que ofrece la sociedad de convivencia. Será el Estado quien cargue con la obligación de justificar el restringir artificialmente un medio de expresión simbólico tan poderoso a un grupo sólo con base en su orientación sexual.

El último tipo de obligación, el fomento, da oportunidad de ofrecer un ejemplo interesante. La pornografía ha sido criticada como un medio de expresión que alienta la subordinación de género y, más aún, la impone. Catherine MacKinnon ha realizado, en mi opinión, una crítica –más, una denuncia– devastadora de la pornografía comercial en este sentido.³⁷ En un esfuerzo por traducir la crítica en políticas públicas, MacKinnon cabildeó con éxito que la ciudad de Indianápolis prohibiera la pornografía –definiéndola específicamente como aquellas representaciones que subordinan a las mujeres. La norma fue declarada inconstitucional a la postre. Supongamos que aceptamos la crítica de MacKinnon: que la pornografía subordina a las mujeres, discriminándolas e instrumentando su explotación. ¿Debemos entonces prohibir ese discurso porque tiene un efecto silenciador para las mujeres? Prohibir un discurso no es la única forma de combatir el efecto silenciador de un discurso dominante; el Estado puede directamente fomentar –subsidiando, por ejemplo– un discurso alternativo pero marginal. Podría, por ejemplo, subsidiar la producción y comercialización de pornografía que no subordine a las mujeres y les ofreciera un discurso alternativo sobre el placer sexual y el erotismo. De hecho, el gobierno sueco hizo precisamente una inversión de este tipo, llamada *Dirty Diaries*. Mia Engberg, una directora de documentales feminista, produjo y comercializó 12 cortos pornográficos con financiamiento del Estado.³⁸

Reconocer la dimensión expresiva del género abre las posibilidades interpretativas y normativas sobre la tutela constitucional vía la libertad de expresión. Mi intención es que estas páginas sirvan sólo como un estímulo para reflexionar más al respecto y contribuir así con las incipientes construcciones constitucionales sobre libertad de expresión y sobre el género en nuestro país.

³⁷ Catharine MacKinnon, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

³⁸ “Feminist porn film funded by taxpayers opens in Sweden”, *AFP*, 3 de septiembre de 2009, visible en <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5js_ymJDOzx-bXlcwbeBtWIF_K40w>. Agradezco a Estefanía Vela Barba el haberme mostrado el caso, pero más aún el insistir encontrar opciones a la propuesta de MacKinnon de suprimir la pornografía. La página de internet de la película es <www.dirtydiaries.se>.

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Pedro Morales Aché

Introducción

Los ámbitos de la sexualidad y de la reproducción humana históricamente han sido los escenarios de la vida social en donde se ha potencializado la violencia en contra de las mujeres, y por ello es evidente la importancia que tiene para la teoría de género y sus vinculaciones con el Derecho, el análisis de la regulación jurídica sobre la sexualidad y la reproducción.

Sin embargo, como consecuencia de que actualmente es factible disociar por entero el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, por la posibilidad de que exista reproducción que no esté precedida del ejercicio de la sexualidad, o de que se ejercite ésta en condiciones que impidan de manera absoluta la reproducción, nos hemos pronunciado por la conveniencia de separar conceptualmente el estudio jurídico de la sexualidad y de la reproducción (y de los denominados derechos sexuales y derechos reproductivos), sin que ello implique desconocer la íntima vinculación existente entre sexualidad y reproducción, como consecuencia de múltiples relaciones que reciprocamente se condicionan, y que todavía es un lugar común en los ordenamientos jurídicos establecer de manera conjunta regulaciones para ambas esferas.¹

¹ Cfr., Pedro Morales Aché, “Los derechos sexuales desde una perspectiva jurídica”, en *Sexualidad, derechos humanos y ciudadanía. Diálogos sobre un proyecto en construcción*, Ivonne Szasz y Guadalupe Salas, (coords.), México, D.F., El Colegio de México, 2008, pp. 157-159. En contra de tal separación conceptual se pronuncian diversas autoras, entre las que se encuentran Silvia Pimentel y Valeria Pandjarian, quienes señalan: “nos parece mejor abordar los derechos sexuales y reproductivos en for-

Si bien es cierto que el análisis de la regulación jurídica de la reproducción podría limitarse a un trabajo de índole básicamente descriptiva, o que podría adoptar un enfoque de *lege data*, coincidimos plenamente con Ferrajoli cuando plantea la necesidad de que los juristas realicen una “crítica del derecho”,² de modo tal que en este ensayo tenemos la pretensión de ocuparnos de aspectos valorativos, que trasciendan el formalismo que mayoritariamente es característico de los estudios jurídicos de nuestro entorno, así como de identificar los fenómenos sociales, bio-médicos y jurídicos que en las últimas décadas han influido de manera determinante en una transformación cualitativa y no sólo cuantitativa, de la regulación normativa de la reproducción.

En efecto, la reproducción humana ha sido objeto de regulación por el Derecho, desde los tiempos más remotos, de modo tal que hay quien ha calificado a la heteronormatividad reproductiva como la institución más antigua y extendida del mundo,³ al tiempo que ha sido la base de estructuración de diversas ramas del Derecho, y ha permitido “normar” a las mujeres, estableciendo criterios ordenadores que distinguen entre las que han sido madres dentro de uniones reconocidas jurídicamente (preponderantemente del matrimonio), y por tanto, han ejercitado una sexualidad “socialmente aceptable”, o al margen de tal reconocimiento; entre las mujeres que cuentan con capacidad de gestar y las que carecen de la misma; entre las mujeres que pagan el costo de haber ejercido su sexualidad con su capacidad de gestación y las que atentan contra la “santidad” de la vida que “están gestando”; en fin, entre las “buenas” y las “malas” mujeres, imponiendo consecuencias

ma conjunta, vale decir, manteniéndolos relacionados, pero cambiando la forma de tratamiento de esa relación. Consideramos, sobre la base de nuestra experiencia, que no es buena idea trabajar los dos temas por separado”. Silvia Pimentel, “Derechos reproductivos. Fragmentos de reflexiones”, en *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), 2002, p. 169. Dicho artículo fue realizado en colaboración con Valeria Pandjarian.

² Por cuanto hace al papel que debe desempeñar la ciencia jurídica, Ferrajoli señala que ésta “sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social si [...] vuelve a ser ‘crítica del derecho’ existente y al mismo tiempo ‘ciencia de la legislación’ y ‘ciencia de las constituciones’”. Este autor agrega que para ello es menester que los objetivos de la ciencia jurídica consistan en: “la coherencia, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional”. Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibarra y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 33-34.

³ Gayatri Chakravorty Spivak, “¿Por qué los estudios de las mujeres?”, Introd. y trad. Isabel Carrera Suárez, en *Nación, diversidad y género*, Patricia Bastida Rodríguez y Carla Rodríguez González, (eds.), e Isabel Carrera Suárez (coord.), Barcelona, Anthropos, 2010, p. 18.

jurídicas a quien se aparte de los estándares normativamente establecidos y de la caracterización de las mujeres como instrumentos reproductivos, cuyo destino biológico es la potencialización de sus capacidades de gestación.

Es así como la regulación jurídica de la reproducción humana, al igual que lo acontecido con la normatividad del ejercicio de la sexualidad, de manera sistemática fue considerada como una materia por completo disponible para el legislador ordinario, por cuanto hace a los parámetros que debían ser satisfechos por la legislación en la materia, ya fuera mediante la prohibición o penalización de ciertas prácticas, o la sola carencia de legislación, que fortalecía la replicación de las prácticas sociales existentes, sin que el poder estatal tuviere limitantes para determinar el contenido específico de la regulación “legal”, que las más de las veces quedaba supeditado a las políticas de población (ya fueran éstas de carácter natalista o, por el contrario, que tuvieran la finalidad de controlar el crecimiento poblacional), a los criterios derivados de los grupos de presión con capacidad para influir en el contenido de la legislación, o de la moralidad social hegemónica, o al menos predominante.

Estamos convencidos de que, si bien existen múltiples aspectos que resultan comunes a la evolución que ha tenido la regulación jurídica de la reproducción en los diversos ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentran los reclamos de los movimientos de mujeres y las consecuencias que ha producido la biomedicina, las especificidades que presenta cada sistema jurídico no sólo corresponden a un distinto nivel de desarrollo democrático y al mayor o menor éxito político que han tenido los movimientos que propugnan por la plena titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres, sino que también son reflejo del diseño constitucional que impera en cada país, por lo que en este ensayo tenemos la pretensión de identificar las causas que son determinantes en el estado que guarda la normación jurídica de la reproducción en México.

I. Las transformaciones en la reproducción humana que son resultado del desarrollo científico y tecnológico

Si bien los métodos anticonceptivos han sido utilizados desde la antigüedad,⁴ fue a fines de la década de los cincuenta del siglo pasado cuando se generalizó la

⁴ “Los documentos más antiguos que tenemos relativos a las prácticas anticonceptivas provienen de Egipto. Se trata de papiros que datan del 1900 al 1100 a.C. Contienen recetas para elaborar tapones vaginales que, impregnados bien con goma de acacia y miel y excrementos de cocodrilo, tienen la misión de bloquear el esperma o destruirlo.” Uta Ranke-Heinemann. *Eunucos por el reino de los cielos. La Iglesia católica y la sexualidad*, 2ª ed., trad. de Víctor Abelardo Martínez de Lopera, Madrid, Trotta, 2005, p. 68.

producción y comercialización masiva de los primeros anticonceptivos medicados y de los dispositivos intrauterinos, métodos cuyo uso estuvo prohibido e incluso penalizado en diversos países, por lo que fue necesario desafiar judicialmente tales prohibiciones,⁵ lo que también aconteció respecto a la restricción para la utilización de métodos anticonceptivos quirúrgicos de carácter permanente, que en diversos países requería obtener una autorización judicial para su realización.

El desarrollo de la biomedicina (en sentido amplio), expresado entre otros aspectos, en el surgimiento y posterior perfeccionamiento de las tecnologías reproductivas, los estudios sobre el genoma humano, el diagnóstico pre-implantacional y prenatal, con manifestaciones reproductivas y terapéuticas, así como el desarrollo de nuevos anticonceptivos medicados y de la píldora abortiva, han modificado el binomio naturaleza-biología y atenuado en gran medida la fatalidad biológica (en la reproducción), permitiendo de manera creciente que la procreación tenga una connotación de acto voluntario, lo que ha representado un desafío a las tradicionales regulaciones normativas sobre la reproducción humana y la filiación, de modo tal que ha provocado profundas transformaciones en aquéllas, dada su capacidad de subvertir todas las regulaciones “ancestrales” sobre la reproducción y la filiación (útero gestante, presunción de paternidad, parentesco por grados y líneas rectas o transversales, entre otras), haciendo obsoletas instituciones jurídicas tradicionales (como las reglas establecidas para la investigación y la impugnación de la paternidad), determinando la conveniencia de nuevas regulaciones, o modificando las prácticas sociales al dotar de una mayor autonomía a las personas para regular sus procesos reproductivos (por ejemplo, en el caso de la píldora abortiva), al tiempo que también representan un potencial efecto invasor de la intimidad (es el caso de las técnicas de identificación del ADN, cuando no se exige un principio de prueba para proceder a su realización), al tiempo que generan el surgimiento de nuevos

⁵ En 1965 la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió el caso *Griswold vs. Connecticut*. “El asunto *Griswold* fue la culminación de una batalla de cincuenta años dirigida a organizar una oposición formal frente a las leyes de control de la natalidad. Por una mayoría de siete contra dos, la Corte Suprema invalidó una ley de 1879 que había declarado ilegal ‘el uso de cualquier droga o producto para evitar la concepción’, sosteniendo que la relación marital está incluida en una esfera de intimidad que prevalece sobre cualquier interés legítimo del Estado por evitar la inmoralidad en materia sexual [...] Ahora bien, *Griswold* se aplicaba solamente a las parejas casadas y de esto, por sí solo, no podía extraerse el derecho a la intimidad personal sobre el que *Roe* se basaba. El argumento que sirvió como puente lo proporcionó en 1972 el caso *Eisenstadt vs. Baird*, donde el juez Brennan, transcribiendo la opinión de la mayoría, afirmó que en los casos de contracepción ‘si el derecho a la intimidad ha de tener algún significado, ése es precisamente el derecho del individuo, soltero o casado, a no sufrir la intromisión del Gobierno en asuntos que afectan tan esencialmente a una persona como la decisión de engendrar o tener un hijo.’ Ian Shapiro, “El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos: Una introducción”, trad. Victoria Roca, Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente, en *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 55-56.

derechos (por ejemplo, el derecho a conocer el origen biológico), o discusiones sobre la conveniencia de expedir nuevas regulaciones (como es el hecho de establecer una edad límite para el embarazo que es resultante de fecundación *in vitro*, con embrión resultante de un óvulo heterólogo). Además, tienen la potencialidad de dejar a la zaga a las regulaciones jurídicas, por recientes que éstas sean, y de requerir que las leyes en la materia tengan un grado bajo de abstracción, como la única posibilidad de regular los pormenores de los desarrollos científicos y tecnológicos, y el otorgamiento de amplias facultades de regulación y configuración a las autoridades sanitarias, lo que obviamente representa un riesgo para el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, el desarrollo científico en la materia ha determinado el involucramiento de nuevos sectores poblacionales en las prácticas reproductivas (particularmente tratándose del personal de la salud que presta servicios en el área de reproducción asistida), así como la aplicabilidad de diversos derechos humanos, entre los que cabe enunciar el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (artículo 15, párrafo 1, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la libertad para la investigación científica (párrafo 3 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y la libertad de pensamiento⁶ (artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 18, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

II. Los cuestionamientos feministas de las regulaciones jurídicas y de las prácticas sociales en torno a la reproducción humana

Correspondió al pensamiento feminista⁷ identificar, denunciar y criticar el carácter androcéntrico del derecho, y el hecho de que históricamente ha existido una

⁶ Una de las formas de concreción de la libertad de pensamiento se traduce en la libertad de investigación científica.

⁷ Por razones de espacio no podemos ocuparnos en analizar en detalle tal aspecto. Sin embargo, consideramos que resultan representativas para tal efecto, la obra de Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, primera edición en español, trad. Cristina García Pascual, pról. de Luigi Ferrajoli y epil. de Miguel Carbonell, Trotta, 2003, pp. 25-119 y 233-288, y el artículo de Sonia Correa y Rosalind Petchesky, "Los derechos reproductivos y sexuales: una perspectiva feminista", en *Elementos para el análisis ético de la reproducción*, Juan Guillermo Figueroa (coord.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp. 99-135.

tendencia a sobrerregular normativamente el cuerpo de las mujeres, a diferencia de lo que ha acontecido con el cuerpo de los hombres.⁸

También el feminismo ha identificado que el Derecho opera como una tecnología de género, dando lugar a un proceso de producción de identidades y de subjetividades, que asigna a la Mujer (considerada abstractamente) determinados roles (entre los que de manera destacada se encuentra el ser madre), de modo tal que se construye la idea de Mujer “en contradistinción del Hombre”, lo que lleva a ignorar las diferencias existentes dentro de las categorías de Mujer y Hombre, otorgando un mayor peso a una supuesta diferenciación previa a la que existe entre los sexos, por lo que parte de la tarea de la teoría feminista en el campo de la sociología jurídica consiste en deconstruir a “la Mujer” del Derecho, sin crear una Mujer normativa que reimponga la homogeneidad que postulan algunas feministas.⁹

⁸ Al referirse a la obra de Tamar Pitch, Ferrajoli señala: “Su tesis central es que la autonomía individual, es decir, la libertad de ser uno mismo y de disponer del propio futuro está mucho más condicionada para las mujeres que para los varones por el no pleno dominio de su cuerpo. El cuerpo de las mujeres, a diferencia del cuerpo de los varones, siempre ha sido un espacio conflictivo sometido a los discursos públicos –jurídicos, éticos, políticos–, a prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. Dicho de otro modo ha sido, y es todavía, objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios”.

Asimismo, Ferrajoli afirma: “De modo que la libertad femenina se concibe, se teoriza, como una reivindicación en estrecha conexión con el cuerpo. La libertad femenina es, directa o indirectamente, una libertad del cuerpo, y precisamente de un cuerpo sexuado, de un cuerpo femenino: bien se trate de la libertad sexual; es decir, de la inmunidad del cuerpo de la mujer frente a violaciones, abusos sexuales, acoso, mutilaciones genitales o servidumbres conyugales; bien se trate de autodeterminación de la maternidad y de sus formas, y en cualquier caso de no constricción a embarazos forzados [...] bien se trate, en general, de libertad como autodeterminación del propio futuro vital y laboral.

“Desde este aspecto, este ensayo de Tamar Pitch se sitúa en la estela de la mejor tradición del pensamiento feminista de la diferencia: pensamiento que ha hecho de la libertad femenina su punto central. Esta libertad es esencialmente una ‘libertad negativa’ antes que una ‘libertad positiva’ o mejor dicho es una ‘libertad positiva’ en la medida en que previamente sea una ‘libertad negativa’. La autodeterminación de la maternidad, por ejemplo, antes que una libertad de abortar, es una liberación de esa clase de servidumbre personal que se representa en la obligación de la mujer de ser madre y en la instrumentalización de su cuerpo para la consecución de un fin que no es suyo porque no lo ha querido. Se trata, en resumen, de una libertad del cuerpo...” Luigi Ferrajoli, “Prólogo”, en Tamar Pitch, *op. cit.*, pp.11 y 13.

⁹ Cfr., Carol Smart, “La mujer del discurso jurídico”, trad. Elisabet Almeda, en *Mujeres, derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (comp.), Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 167-189. De acuerdo con el pensamiento de Bovino correspondería al derecho penal, en gran medida, construir a la “Mujer normativa”, dado su valor simbólico como asignador de negatividad social. Alberto Bovino, y Christian Hurtado, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 288, lo que cobra particular relevancia tratándose de la tipificación del aborto como delito, que en nuestra opinión es la figura jurídica que ha sido mayormente utilizada por el derecho para atribuir un valor a las mujeres (positivo o negativo, según sea el caso, en la lógica de su penalización).

De igual manera, el pensamiento feminista ha tenido el indiscutible mérito de identificar la tensión existente entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia, por cuanto hace a la normación jurídica de la reproducción (y de la sexualidad), y que, por tanto, el reto esencial a ser resuelto consiste en delimitar adecuadamente cuándo debe prevalecer el derecho a la igualdad y cuándo el derecho a la diferencia, puesto que a contrario de otros ámbitos de la vida social, en donde el Derecho puede tratar a las personas como sujetos neutros y asexuados, ello no acontece así en el ámbito de la reproducción y la sexualidad, pues tal tratamiento no presupone la igualdad, razón por la cual las distinciones biológicas entre mujeres y varones deben ser tomadas como punto de partida para establecer un derecho a la diferencia, sin que ello se traduzca en una sexualización de los sujetos.

Tal derecho a la diferencia, es magistralmente expuesto por Ferrajoli, quien afirma que:

[H]ay [...] un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre [...] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal [...] No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión, al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Es importante señalar que los grupos feministas no sólo tuvieron que pronunciarse en contra de la instrumentación normativa de la maternidad, sino que también han tenido que enfocar sus esfuerzos en contra de una política de signo contrario, puesto que en muchos de los países que adoptaron políticas de control de la natalidad la imposición de los métodos anticonceptivos, sin contar con el consentimiento informado de las personas usuarias, llegó a tener un carácter generalizado, habiéndose documentado prácticas de esterilización forzada o la implantación de

dispositivos intrauterinos sin contar con la voluntad de la mujer e incluso, ocultándole a ésta tal implantación, ello como consecuencia de que no existía un enfoque de derechos para su utilización o a las presiones existentes para cumplir con las metas demográficas establecidas.¹⁰

Si bien en su origen (y creemos que de manera correcta, ello aún subsiste en la actualidad), las reivindicaciones del pensamiento feminista provienen del ámbito político, diversos sectores del feminismo optaron por la “juridificación” de sus reclamos, inicialmente siguiendo la práctica de los Estados Unidos, en donde el control judicial de la constitucionalidad de las leyes data del siglo XVIII, el sistema del *common law* acepta la creación judicial de los derechos y hay una amplia práctica social de *litigation*, ante la insuficiencia de tal estrategia en países carentes de tal tradición, han optado por la “juridificación” de sus demandas, en algunos casos, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o en la incidencia en las actividades legislativas,¹¹ así como en la elaboración de una doctrina jurídica de carácter feminista.

Como es de sobra conocido, al discurso “liberalizador” del lenguaje de los derechos, usado por el pensamiento feminista, los conservadores han opuesto un discurso de los derechos del concebido y no nacido (a quien se le pretende atribuir las categorías de infante e hijo), del varón (en su carácter de potencial padre) y de las propias mujeres, caracterizadas como víctimas del hedonismo y del libertinaje, y a quienes postulan que es necesario proteger de los proclamados y no probados daños supuestamente causados por los métodos anticonceptivos y por la interrupción del embarazo, al tiempo que han reforzado la pretensión de imponer un modelo hegemónico de familia, en donde tiene un papel central la maternidad de la mujer ejercitada dentro del matrimonio, de modo tal que el debate entre liberales y conservadores se expresa con una yuxtaposición de discursos jurídicos, normati-

¹⁰ Para diversas autoras feministas, si bien, en última instancia, la regulación jurídica de la reproducción es una expresión respecto a cómo son consideradas o caracterizadas las mujeres por un determinado ordenamiento jurídico, en relación con los hombres, también es expresión de cómo son caracterizados mujeres y hombres por diversos grupos de poder, tales como las iglesias.

¹¹ En el caso de la regulación legal del aborto que se encuentra vigente en la Ciudad de México, correspondió al movimiento de mujeres ejercer una marcada influencia en la aprobación de las reformas legales aprobadas en diciembre de 2003 y el 24 de abril de 2007, aportando el contenido técnico de las modificaciones aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como la argumentación que dio sustento a la fundamentación constitucional de los procesos de reforma legislativa, que tratándose de la reforma de 2007 posteriormente fue validada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, al retomar en gran medida la argumentación formulada por el movimiento de mujeres, todo ello en el marco de un proceso social de apropiación de los derechos fundamentales, que para satisfacer un principio de lógica immanente, fue encabezado y definido por las propias mujeres, y que ha dado lugar a lo que hemos denominado el “proceso de juridificación del aborto”.

vos no jurídicos (por ejemplo, los discursos bioéticos, con una impronta religiosa o laica, según el caso), siendo frecuente que en un mismo plano discursivo se entremezclen el lenguaje de los derechos fundamentales (desde un punto de vista jurídico-positivo) con el lenguaje de los derechos morales, y que coexistan posiciones iuspositivistas con posiciones iusnaturalistas.¹²

Ello ha determinado que ante la imposibilidad de alcanzar consensos básicos sobre el tema en el ámbito legislativo, que estén a salvo de las mayorías parlamentarias contingentes, haya sido necesario utilizar los esquemas de democracia constitucional para dirimir el conflicto ideológico existente, por lo que ha correspondido a los jueces, mediante la aplicación de principios abstractos derivados de la interpretación constitucional, delimitar el marco dentro del cual los legisladores deben regular la reproducción,¹³ por lo que una parte importante de los actuales contenidos de la regulación jurídica de la reproducción, por cuanto hace a Europa Occidental y algunos países de América, se definió por los tribunales, ya sea porque se cuestionó ante ellos la regulación del aborto, la constitucionalidad de las leyes sobre reproducción asistida o porque se impugnó la utilización de métodos anticonceptivos, destacando en los últimos años el caso de la anticoncepción de emergencia, o píldora del día después, a la que los grupos conservadores le han atribuido efectos abortivos.¹⁴

Se trata de litigios que encuadran en lo que Zagrebelsky ha denominado “casos críticos”, en “[l]os que no existe acuerdo, sino división, entre los intérpretes acerca del sentido y del valor que hay que atribuirles”.¹⁵

III. La constitucionalización de la regulación normativa de la reproducción humana

Si atendemos a la especificidad histórica de los diversos sistemas jurídicos nacionales y a las diferencias de carácter sustantivo que existen entre los mismos,

¹² Evidentemente se trata de lo que ha sido denominado “la proliferación del lenguaje de los derechos”, o el uso expansivo del lenguaje de los derechos, Juan Antonio Cruz Parceró, véase *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 153-173.

¹³ Cfr. Belén Barreiro, *Democracia y conflicto moral: la política del aborto en España e Italia*, Madrid, Ediciones Istmo, 2000.

¹⁴ Cfr., Rocio Villanueva Flores, *La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. Tratándose de México, después de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto las acciones de inconstitucionalidad 10/2000 y 146/2007 y su acumulada, promovidas en contra de las reformas de 2000 y 2007 a la legislación penal de la ciudad de México.

¹⁵ Cfr., Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. María Gascón, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 139.

resulta sencillo entender que han sido disímiles las vías que han seguido los procesos mediante los cuales ha sido sustraída de la competencia del legislador ordinario la ordenación esencial de la reproducción humana, o al menos matizadas sus atribuciones de libre configuración en tal materia.

En el caso de los Estados Unidos en donde tradicionalmente se ha considerado que los derechos son pre existentes a la Constitución y al gobierno, y en donde los jueces no le reconocen a los órganos legislativos el privilegio de la libre configuración (salvo tratándose de cuestiones políticas), con su tradición litigiosa y mediante la aplicación de las reglas del *common law*, han sido los tribunales a quienes les ha correspondido, en última instancia, definir los parámetros que determinan que las leyes que regulan aspectos sobre la reproducción sean consideradas constitucionales.¹⁶

Por cuanto hace a Europa occidental, la promulgación de las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978), que contienen un nuevo enfoque sobre los derechos fundamentales. Así como los pronunciados procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁷ que se han generado dando surgimiento al neoconstitucionalismo,¹⁸ y que en suma caracterizan lo que ha sido denominado el Estado constitucional, en donde se han escindido los derechos de la ley, puesto que se entiende que ésta se encuentra subordinada a la Constitución, concebida como un marco abierto de principios de un mismo peso jerárquico que en todos los casos deben ser justipreciados por parte del legislador

¹⁶ *Ibid.*, pp. 54-58

¹⁷ “[P]or ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” Se trata de un proceso gradual, que admite diversos grados de desarrollo. Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. José María Lujambio, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003, p. 49. Para este autor, las condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico, consisten en: 1. Una constitución rígida, 2. La garantía jurisdiccional de la constitución, 3. La fuerza vinculante de la constitución, 4. La “sobreinterpretación” de la constitución, 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, 6. La interpretación conforme de las leyes, y 7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, *ibid.*, pp. 50-58.

¹⁸ Martínez Zorrilla entiende el neoconstitucionalismo “[c]omo un conjunto de cambios y transformaciones en los contenidos de los textos constitucionales en las últimas décadas (o, redondeando, en el último medio siglo), que han conllevado también una importante transformación en el papel desempeñado por ésta [la constitución] en el conjunto del ordenamiento, además de ciertos cambios importantes en el plano institucional, como se manifiesta, por ejemplo, en el margen de libertad del legislador o en el papel de los jueces”. David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, pp. 59-60.

ordinario que conserva una amplia libertad de configuración legislativa, que es validada o corregida como consecuencia del traslado de las facultades de ponderación de los derechos de la sede legislativa a la sede judicial. Al mismo tiempo, también implica cuestionar la caracterización clásica de los derechos fundamentales como límites exclusivamente impuestos a las autoridades, lo que permite postular que también se traducen en la imposición de límites a los particulares, en sus relaciones entre sí.¹⁹

En el caso de Europa occidental, si bien la caracterización de los derechos fundamentales como principios (por definición) contribuye a acrecentar la indeterminación normativa, y tendencialmente priva a la ley de su carácter de regla, entendida como una apuesta de todo o nada, no menos cierto es que representa un coto a las pretensiones de los diversos grupos sociales respecto a la existencia de derechos de carácter absoluto y excluyente de los restantes, al generar la conciencia de que ello resulta ajeno al orden constitucional.

Ante la existencia de múltiples sistemas jurídicos que fueron incapaces, por sí mismos, de alcanzar una adecuada constitucionalización de la regulación de la reproducción, como una reivindicación de los derechos (fundamentales) de las mujeres (y de otros grupos poblacionales) fue planteada la “juridificación” de los derechos sexuales y reproductivos, a partir de las Declaraciones de El Cairo²⁰ y Beijing,

¹⁹ Ello independientemente de que la vía de incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se produzca mediante la denominada mediación legislativa, por la mediación judicial o instrumentalización alemana, o por medio de la denominada incidencia inmediata y limitada de los derechos fundamentales o instrumentalización española. Cfr. Javier Mijangos y González, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, 2007, pp. 10-28. Tratándose de casos de la jurisprudencia constitucional española por discriminación entre particulares por razón de sexo (algunos con implicaciones reproductivas), véase, Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 454-472.

²⁰ Correspondió a la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968, ser la primera expresión estructurada, desde una visión normativa, en postular el derecho a la procreación como humano, con un enfoque básicamente de control de la natalidad. Será necesario el transcurso de poco más de un cuarto de siglo para que el énfasis sea puesto en la perspectiva de los derechos fundamentales. En el parágrafo 2.3. del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, se señala: “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos, que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”. A su vez, en el parágrafo 7.2. se

las cuales en sí mismas consideradas, no tienen un carácter vinculante para los Estados, puesto que se trató de conferencias internacionales carentes de poderes legislativos (mediante la redacción de un tratado o convención, que posteriormente fuera sometido a la ratificación de los Estados), por lo que resulta cuestionable que se proclame que la existencia de los derechos sexuales y reproductivos (en un sentido jurídico-positivo) deriva de tales documentos, sin que ello implique desconocer que en la esfera internacional ambas representan la formalización del inicio del proceso de especificación por multiplicación de tal clase de derechos, entendidos como fundamentales.²¹

define a la salud reproductiva “como un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.

²¹ Para Bobbio, adicionalmente a los tres procesos de evolución (positivación, generalización e internacionalización) que han sido considerados característicos de los derechos humanos, desde mediados del siglo pasado, debe agregarse un cuarto proceso, por él denominado “de especificación por multiplicación”, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de derechos humanos, con base en tres causas: a) un incremento de bienes que son considerados merecedores de tutela jurídica; b) la ampliación de la titularidad sobre los derechos, a sujetos distintos del hombre, y c) por el hecho de que, al igual que aconteció con la idea abstracta de libertad, que se fue determinando en libertades concretas y singulares, se ha venido produciendo una especificación de sujetos, de modo tal que del “abstracto sujeto hombre”, se ha dado una especificación, ya sea respecto al género (mediante el reconocimiento progresivo de las diferencias existentes entre las mujeres y los hombres), o en relación con las distintas fases o estados de la vida, que hace referencia a las “diversas maneras de estar en la sociedad”, así como a la especificidad de los diversos estatus sociales que corresponden a las personas, a partir de distintos criterios de diferenciación, tales como el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109-115. Es evidente que “la especificación por multiplicación” parte del reconocimiento de la historicidad de los derechos humanos, en donde asume un papel determinante la idea de necesidades sociales, que requieren ser reguladas adecuadamente por el derecho, por lo que es a partir del reconocimiento o surgimiento de tales necesidades sociales, de donde debe partir la “construcción” de los nuevos derechos. Por ejemplo, en la Recomendación General número 24, emitida por el Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa al artículo 12 de dicha Convención, se parte de la existencia de necesidades en materia de salud que son propias de la mujer. Teóricamente también se ha sustentado la idea de los derechos humanos de las mujeres, a partir de sus necesidades. véase Alda Facio, “De las necesidades básicas a los derechos humanos”, en *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Rebeca J. Cook (ed.), Bogotá, PROFAMILIA, primera edición traducida al español, 1997, pp. 351-365. Por su parte, Correa y Petchesky señalan: “el concepto de derechos sexuales y reproductivos ha sido ampliado para incluir las necesidades sociales que tienen un efecto negativo en las elecciones reproductivas y sexuales, para la mayoría de las mujeres que son pobres en el mundo”. Asimismo, estiman que uno de los propósitos de las teóricas y activistas feministas en su esfuerzo por eliminar la universalidad abstracta, el formalismo, el individualismo y el antagonismo que ha entorpecido el lenguaje de los derechos, con-

Ante la insuficiencia de la sola proclamación de los derechos reproductivos como derechos humanos para que éstos adquieran el carácter de fundamentalidad, propio de los derechos humanos,²² y ante la existencia de sistemas jurídicos en donde existía una plena disponibilidad legislativa en la determinación de la regulación jurídica de la reproducción (y de la sexualidad), de las Declaraciones de El Cairo y Beijing también deriva el planteamiento de que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran contenidos en los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos,²³ por lo que más que tratarse de “nuevos” derechos (desde un punto de vista jurídico-positivo), se trata de concreciones o manifestaciones de derechos humanos previamente existentes, esto es, se trata de la adjetivación de derechos fundamentales previamente existentes; con el fin de poner énfasis en las conductas y necesidades humanas que se pretende sean reguladas por los mismos, o en el mejor de los casos, de la pretensión de una reformulación del contenido normativo de los “derechos humanos históricos”.²⁴

siste en “poner en primer plano las bases sustantivas de los derechos en las necesidades humanas y en la redistribución de recursos”. Estas autoras proponen como fundamentos de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres cuatro principios éticos, entre los que se encuentra la diversidad, que entre otros aspectos, parte del reconocimiento de las distintas necesidades de las mujeres. S. Correa y R. Petchesky, en *op. cit.*, pp. 104, 106, 113 y 123-125.

²² Empleamos el término desde un criterio formal, según el cual para que una determinada norma sea considerada como derecho fundamental (o derecho humano, en la terminología clásica), se requiere que tenga un nivel jerárquico superior a la ley, y que su modificación requiera un proceso más complicado que el utilizado para la modificación de la legislación. Por tanto, descartamos expresamente el diverso criterio material, según el cual es el contenido de la norma el que determina su fundamentalidad, puesto que ello implica la posibilidad de que existan derechos humanos reconocidos en las leyes o en normatividades infra-legales, lo que desde un punto de vista jurídico-positivo es impropio, pues son disponibles para las autoridades normativas ordinarias.

²³ Adicionalmente, existe la pretensión de que la determinación del contenido esencial de los derechos humanos escapa a las soberanías nacionales, y que corresponde a la comunidad internacional su caracterización última, mediante la celebración de tratados y convenciones en la materia, determinando el *desideratum* de que los derechos humanos terminen siendo normativamente indisponibles para los órganos constituyentes nacionales, para el legislador ordinario y para los diseñadores e instrumentadores de las políticas públicas, quienes quedan obligados a su acatamiento, por cuanto hace al núcleo esencial de tal clase de derechos.

²⁴ En la Carta de la Federación Internacional de Planificación de la Familia se invocan doce derechos como integrantes de los derechos sexuales y reproductivos: El derecho a la vida, el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho de igualdad y a estar libres de todas las formas de discriminación, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la información y la educación, el derecho a optar por contraer matrimonio o no y a formar y planear una familia, el derecho a decidir tener hijos o no tenerlos, o cuándo tenerlos, el derecho a la atención de la salud y a la protección de la salud, el derecho a los beneficios del progreso científico, el derecho a la libertad de reunión y a la participación política, y el derecho a no ser sometido a torturas y maltrato. Por su parte, Alda Facio considera que existen doce derechos fundamentales (a los que adscribe lo que podría de-

Sin embargo, debe reconocerse que la noción de derechos reproductivos ha producido que de manera creciente deje de tener relevancia (discursiva) lo que dice o regula “la ley”, respecto a la reproducción, puesto que el énfasis se pone ahora en lo que dice o regula el plexo normativo de los derechos fundamentales, ya sea mediante su aplicación directa o por el hecho de que la ley debe satisfacer los parámetros derivados de los propios derechos fundamentales.

En el caso particular de México, el proceso de constitucionalización de la regulación normativa de la reproducción ha seguido un camino peculiar, determinado por las características específicas de nuestro orden jurídico; y como ha sido común en nuestro régimen constitucional, las principales adecuaciones se han producido por vía de la reforma constitucional, destacando por cuanto hace al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales la adición de la garantía de igualdad entre el

nominarse subderechos) que integran los derechos reproductivos: El derecho a la vida (el derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo); el derecho a la salud (el derecho a la salud reproductiva); el derecho a la libertad, seguridad e integridad personales (el derecho a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género, el derecho a vivir libre de la explotación sexual); el derecho a decidir el número e intervalo de hijos (el derecho a la autonomía reproductiva, el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo); el derecho a la intimidad (el derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas); el derecho a la igualdad y a la no discriminación (el derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva); el derecho al matrimonio y a fundar una familia (el derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación, el derecho a contraer o no matrimonio, el derecho a disolver el matrimonio, el derecho a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y fundar una familia); el derecho al empleo y seguridad social (el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral, el derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual, el derecho a no ser discriminada por embarazo, el derecho a no ser despedida por causa de embarazo, el derecho a no sufrir discriminaciones laborales por embarazo o maternidad); el derecho a la educación (el derecho a la educación sexual y reproductiva, “el derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho”); el derecho a la información adecuada y oportuna (el derecho de toda persona a que se le dé información clara sobre su estado de salud, el derecho a ser informada sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso); el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer (el derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas), y el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación (el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana y el derecho a no ser objeto de experimentación en el área de la reproducción humana). Alda Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 26-28.

varón y la mujer²⁵ y de la libertad reproductiva,²⁶ mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1974; del derecho a la protección de la salud,²⁷ por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de febrero de 1983, y el tardío reconocimiento del derecho a la no discriminación,²⁸ mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001; en cuanto a mecanismos de protección de los derechos fundamentales el otorgamiento de atribuciones de Tribunal Constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la reforma al artículo 105 de la Constitución Federal, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994, que otorgó al máximo Tribunal del país atribuciones para conocer de las controversias constitucionales (en su vigente regulación) y de las acciones de inconstitucionalidad, y la posterior adición del inciso g) a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de septiembre de 2006, por medio del cual se otorgó legitimación a las Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las Comisiones Estatales de Derechos Humanos y a la del Distrito Federal para promover acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal.

Sin embargo, la generalizada inaplicación de las disposiciones jurídicas que regulan la reproducción (particularmente por cuanto hace al delito de aborto), así como la carencia de una legislación que regule la reproducción asistida,²⁹ aunadas

²⁵ La parte inicial del párrafo primero del artículo 4° de la Constitución Federal señala: “El varón y la mujer son iguales ante la ley...”

²⁶ El párrafo segundo del artículo 4° de la Constitución Federal establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

²⁷ El párrafo tercero del artículo 4° de la Constitución Federal dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

²⁸ El vigente párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Federal establece: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

²⁹ Es indiscutible que la fecundación *in vitro* tiene pleno sustento constitucional en nuestro país, en la medida en que es un medio para hacer efectiva la libertad reproductiva (en todos los casos), y el derecho a la protección de la salud (tratándose de personas con problemas de esterilidad o infertilidad o cuando se pretende evitar la transmisión de una enfermedad), y que también es una manifestación del derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, reconocido en el artículo 15, párrafo 1, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adicionalmente, consideramos que si bien se trata de actividades que no se encuentran

a las severas limitaciones existentes para la procedencia del juicio de amparo, han impedido una apropiación de derechos por vía judicial.

Tales limitaciones explican que haya sido recientemente cuando en México se han planteado ante la Suprema Corte de Justicia casos en torno a la constitucionalidad de la regulación jurídica sobre la reproducción,³⁰ y que previamente a ello, la discusión haya sido más ideológica que jurídica.

prohibidas, también deben ser reguladas: la selección de sexo tratándose de embriones pre implantatorios, con el fin de evitar la descendencia con enfermedades genéticas graves ligadas al cromosoma X, que son transmitidas por las mujeres (portadoras) y sólo afectan a los hombres, la realización del diagnóstico genético preimplantacional, con fines diversos al tratamiento de la infertilidad humana, con el objetivo de detectar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, y de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión, con la finalidad de seleccionar los embriones que no presentan tales condiciones de salud, para su posterior transferencia al útero de la mujer; la permisón y regulación del diagnóstico genético preimplantacional, practicado conjuntamente con la determinación de antígenos de histocompatibilidad con fines terapéuticos a favor de terceros, mediante la selección de un embrión histocompatible para su posterior transferencia al útero, lo que permite el tratamiento de enfermedades cuya única alternativa terapéutica es el trasplante (de células del cordón umbilical o de médula ósea), y que de manera expresa se debe normar y permitir la investigación científica en embriones pre implantatorios no viables para su transferencia al útero, dentro de los catorce días posteriores a la fecundación (plazo durante el cual está autorizada dicha investigación en diversos países).

³⁰ Es el caso de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, de las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009 (pendientes de ser falladas), promovidas en contra de las reformas a las constituciones de Baja California y de San Luis Potosí, respectivamente, mediante las cuales se reconoció el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Es deseable que la Suprema Corte de Justicia reitere el sentido de lo resuelto durante las sesiones plenarias celebradas los días 25, 26, 27 y 28 de agosto de 2008, en donde resolvió la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, declarando por una mayoría calificada de 8 votos contra 3 votos, la constitucionalidad de la legislación de la Ciudad de México, y estableciendo una nueva delimitación del marco constitucional del aborto, puesto que durante la discusión, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte partió del reconocimiento expreso de que los derechos fundamentales de las mujeres constituyen bienes constitucionalmente relevantes, que no deben ser afectados de manera preponderante por la protección de la vida en gestación (que sólo configura un bien constitucional). Entre los derechos fundamentales a que antes se ha hecho referencia cabe enunciar el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la protección de la salud, la libertad de la mujer sobre su cuerpo, el derecho a la igualdad de género, el derecho a la no discriminación, la libertad reproductiva, la libertad sexual, el derecho a la libre maternidad, el derecho a la intimidad o privacidad (sexual), la libertad de religión y los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la educación en materia de salud sexual y reproductiva, el derecho a la autodeterminación, el derecho al libre desarrollo personal y el derecho a la dignidad, derechos fundamentales que derivan de los artículos 1°, 3°, 4°, 6°, 14, 16, 20, 22 y 24 de la Constitución Federal; así como de los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que han sido celebrados y ratificados por México, en términos del artículo 133 de la propia Constitución Federal, por lo que consideramos que tales discusiones plenarias pueden ser calificadas como los debates más importantes en la historia constitucional de nuestro país, por cuanto hace al pleno reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres, al delimitar el marco constitu-

Sin embargo, en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en gran medida ha prevalecido un control de constitucionalidad de las leyes de carácter más objetivo u orgánico, y se ha alejado de las posiciones garantistas que caracterizan a otros Tribunales constitucionales, lo que explica que en nuestro país los derechos contenidos en los tratados internacionales sigan siendo de difícil aplicación en el orden jurídico interno.³¹

Si bien es evidente la importancia que tiene el cumplimiento por parte del Estado de derecho a la protección de la salud (o del derecho a la protección de la salud reproductiva) en el ámbito de la reproducción,³² a grado tal que diversos autores

cional y definir los parámetros constitucionales dentro de los cuales los legisladores deben regular temas tales como el ejercicio de la libertad reproductiva y sexual de las mujeres, el aborto, o la protección de la vida en gestación, para que dichas regulaciones legales puedan ser consideradas acordes con la Ley Fundamental del país. También se encuentran pendientes de ser resueltas las controversias constitucionales 62/2009, 82/2009 y 104/2009, promovidas en contra de reformas constitucionales locales similares a las antes mencionadas.

³¹ Si bien la Corte le ha reconocido a los tratados internacionales una mayor jerarquía que la corresponde a las leyes, de manera reiterada ha sostenido el criterio de que la inconstitucionalidad de una ley sólo puede derivar de su contraposición con la Ley Fundamental, por lo que estima que el control de la convencionalidad (cumplimiento de las disposiciones de los tratados internacionales por las leyes) es una cuestión de legalidad. Asimismo, recientemente ha establecido que las Comisiones de Derechos Humanos carecen de legitimación para invocar violaciones de las leyes a los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, en las acciones de inconstitucionalidad que promuevan.

³² En la Observación General número 14, que fue aprobada el 11 de mayo de 2000 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (relativa al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho), entre otras consideraciones, se reconoce a la libertad sexual y genésica como un componente del derecho a la salud (parágrafo 8), y el derecho al acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva (parágrafo 11); se hace referencia a la obligación de los Estados de “adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información” (parágrafo 14, en donde se asienta la nota de pie de la página 12, que señala: “La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”); se prevé la obligación de los Estados de establecer “programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud [...] que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica” (parágrafo 16); a la obligación de los Estados de incorporar la perspectiva de género en las políticas, planificación y programas en materia de salud, con el fin de promover la salud de las mujeres, y se señala que tratándose de la reproducción humana los factores biológicos

de ideología conservadora han propuesto su limitación,³³ es menester advertir que también genera el riesgo de que se traduzca en una excesiva medicalización de la reproducción humana.

Por cuanto hace a la interpretación de este derecho, particularmente a su delimitación constitucional, a la determinación de sus contenidos normativos y, por ende, a la identificación de sus componentes exigibles y justiciables, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido oscilante, puesto que, dependiendo de las repercusiones prácticas y costos económicos que pueda representar para el gobierno, ha venido utilizando una interpretación restringida o amplia del derecho, según cada caso concreto, y muchas de las veces, reconociendo su carácter vinculante, literalmente lo ha vaciado de contenido normativo.³⁴

ejercen una influencia importante en la salud de las mujeres (parágrafo 20); se afirma que para “suprimir la discriminación contra la mujer, es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever, en particular, las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva [...] El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos” (parágrafo 21); se señala la obligación de los Estados de abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer, y de abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica (parágrafo 34); y la obligación de contar con infraestructura de salud pública para proporcionar servicios de salud sexual y genésica, y de organizar campañas de información relativas a la salud sexual y genésica (parágrafo 36); y se hace referencia a la obligación de velar por la atención de la salud genésica y materna (prenatal y postnatal) (inciso a del parágrafo 44).

³³ “...Sin desconocer [...] la trascendencia sociopolítica y jurídica del reconocimiento universal de este derecho [a la salud] tampoco puede prescindirse del enorme riesgo que comporta concebirlo como un derecho absoluto, en especial, si va referido a la sexualidad y procreación humana, realidades esencialmente relacionales, en las que siempre concurren, como mínimo, los derechos de dos personas [...] a su vez recíprocamente limitados. Cuando este horizonte antropológico se oscurece, la llamada salud sexual y reproductiva –exigencia del derecho a la vida, a una vida saludable–, acaba por transformarse en un derecho contra la vida.” Vega Gutiérrez, “Los ‘derechos reproductivos’ en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Jaime Vidal Martínez, (coord.), Granada, Editorial Comares, 1998, p. 26.

³⁴ Ejemplo de ello, lo tenemos en el reconocimiento del derecho a la seguridad social como una garantía individual, que con el carácter de jurisprudencia realizó el Pleno de la Corte al resolver los juicios de amparo promovidos en contra de la Ley del ISSSTE, y la reciente jurisprudencia establecida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, mediante la cual al resolver una contradicción de tesis que versaba sobre si los servidores públicos del Instituto Mexicano del Seguro Social tenían el carácter de autoridades, para efectos del juicio de amparo, tratándose del derecho de petición cuando tiene el carácter de ente asegurador, esto es, como institución encargada de brindar servicios de seguridad social;

Tratándose del derecho a la no discriminación, se trata de un derecho que apenas comienza a ser delineado jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha iniciado un proceso de deconstrucción de la caracterización de las mujeres como personas que requieren una especial tutela de las normas jurídicas, mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que de manera irrazonable establecen tal tutela, pues si bien aparentemente “benefician” a las mujeres, en realidad desempeñan la función de reforzar el estereotipo social de que éstas son personas débiles que requieren una protección especial. Además, es necesario que la Corte establezca criterios claros que permitan identificar cuando se actualiza la discriminación por razón de género, con el objeto de que sea posible la anulación de las normas que la configuran.³⁵

resolvió que en tal caso el Instituto Mexicano del Seguro Social actúa como particular, esto es, que se actualiza una relación de coordinación entre particulares, por lo que es improcedente el juicio de amparo, restando tan sólo los procedimientos de la jurisdicción ordinaria como medio de tutela, con sus conocidas limitaciones. Asimismo, debe destacarse la contraposición existente entre los criterios, en apariencia progresistas, del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, en torno al derecho a la protección a la salud, tales como el hecho de que al resolver el caso de la reasignación del sexo de una persona transexual se determinó que el derecho a la protección de la salud no se limita al aspecto físico, sino que se traduce en la obtención de un pleno bienestar general (lo que sería un verdadero avance en la interpretación judicial sobre el derecho a la protección de la salud, de no ser porque en la práctica tal reconocimiento se limita a la obtención de documentos de identidad), o que al fallar los juicios de amparo promovidos en contra de la regulación de las cirugías estéticas o cosméticas que es producto de una reforma a la Ley General de Salud, se reconoció expresamente que la regulación del derecho fundamental que nos ocupa, debe ser complementada con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y otros criterios que generan una auténtica regresión, tales como la caracterización del derecho a la protección de la salud como una responsabilidad social, interpretación que sienta las bases para que la gratuidad en el goce del derecho, contrariamente a la característica de los derechos fundamentales, sea una excepción y no una regla general, o la caracterización del derecho como de libre configuración legislativa, e inclusive como de necesaria configuración legislativa.

³⁵ Resulta también imperativo que la Suprema Corte de Justicia entienda el derecho a la no discriminación en un sentido amplio, de modo tal que no sólo comprenda la discriminación expresa (que generalmente es poco común encontrar), sino que también abarque la denominada discriminación normativa. Las discriminaciones normativas, tácitas o expresas, son aquellas que se producen por el tratamiento diferenciado y desigual que una o más normas jurídicas –generalmente dos o más normas–, dan a distintas clases de personas que bajo un criterio de razonabilidad deberían recibir un mismo tratamiento jurídico. La identificación de esta clase de discriminación presupone un análisis relacional de los contenidos y efectos de la regulación normativa más favorable y la regulación normativa más desfavorable (o discriminatoria, por no satisfacer un criterio de razonabilidad tal de trato desfavorable), puesto que si se realiza el análisis normativo de manera individualizada no es posible advertir el tipo de discriminación que nos ocupa. La inconstitucionalidad por discriminación normativa no deriva de la comparación de dos o más leyes, en sí mismas consideradas, sino que se actualiza por la transgresión directa que a los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación; se produce con la existencia de una norma jurídica que establece un trato discriminatorio para sus destinatarios. Cfr., Markús González

Epílogo

Si bien resulta indiscutible que en el trasfondo de los disensos sociales sobre cuál debe ser el contenido de la regulación jurídica de la reproducción se encuentra la diversidad de concepciones sobre cuál debe ser el papel asignado a las mujeres en la reproducción y sobre la necesidad de su pleno reconocimiento como titular de derechos fundamentales, así como la histórica confrontación entre los conservadores (en gran medida, con una marcada influencia religiosa), que sostienen que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, y los liberales, que sin desconocer que estamos frente a un bien jurídicamente tutelado, estiman que el carácter de persona, titular de derechos fundamentales, comienza con el nacimiento, y que por tanto, se debe establecer una legislación que garantice la salvaguarda de los derechos de las mujeres, resultaría reduccionista otorgarle un carácter binario o dilemático a las causas que generan la problemática que surge en la definición del contenido normativo de la regulación sobre la reproducción, y caracterizarlo exclusivamente como un conflicto entre conservadores y liberales, puesto que es evidente que en el conflicto también confluyen otros intereses,³⁶ y múltiples posturas ideológicas.

Así encontramos que dentro de las corrientes feministas, siendo común en ellas la pretensión de garantizar la autonomía reproductiva de las mujeres, existen profundas diferencias sobre el significado que las técnicas de reproducción asistida tienen para esos fines, pues hay quienes consideran que tales técnicas pueden contribuir a una instrumentalización de las mujeres, y por tanto, se oponen a las mismas, también existen opiniones en el sentido de que producirán una “liberalización” de las mujeres, y que las prohibiciones o restricciones para acceder a ellas producen el efecto de reducir la autonomía reproductiva de las mujeres, disenso que también se expresa en relación con la permisón o prohibición de la maternidad subrogada.

Es conveniente señalar que algunos de los consensos que actualmente existen sobre cuál debe ser el contenido de la regulación de la reproducción tienen un carácter transitorio, derivado del estado actual de la ciencia, como de manera enun-

Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 17-31

³⁶ En el caso del aborto ello se corrobora por el hecho de que, en gran medida, el origen de las legislaciones prohibicionistas del aborto más que partir de la equiparación del concebido y no nacido con una persona humana, radicó en la existencia de políticas natalistas o poblacionistas y, en algunos casos, en la pretensión de preservar la estirpe o especie (entendidas como la pureza de la raza), siendo ejemplo de ello el pensamiento de los juristas alemanes de las décadas de los 30 y 40 del siglo pasado, que justificaban la penalización del aborto como una forma de preservar la estirpe aria.

ciativa podemos ejemplificar en relación con la prohibición de la clonación reproductiva.³⁷

Es necesario que la regulación jurídica de la reproducción parta del reconocimiento de que tanto la faceta positiva de la reproducción (decisión de reproducirse), como la faz negativa (decisión de no reproducirse) implican el establecimiento de obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado, por cuanto hace a la generación de condiciones y la prestación de servicios, que en un marco de libertad y autonomía de las personas, no tengan la pretensión de impedir o prohibir la “reproducción” o la “no reproducción”, sino de respetar las decisiones de las personas concretas.³⁸ Esta regulación debe ser resultante de la generación de consensos sociales básicos, construidos a partir de la delimitación del marco constitucional aplicable por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que necesariamente debe ser consecuente con un enfoque de los derechos fundamentales de las mujeres, así como de exigibilidad y justiciabilidad de los mismos,³⁹ en donde

³⁷ Al referirse a la clonación reproductiva, Rodolfo Vázquez señala: “El debate está abierto, pero lo que sí parece claro –y en esto hay unanimidad– es que los riesgos y la incertidumbre ante la novedad de este método de reproducción exigen la mayor de las cautelas posibles. Comparto, en este sentido, las preocupaciones y la prudencia manifestadas por los científicos mexicanos, Rubén Lisker y Ricardo Tapia, cuando recomiendan enfáticamente no realizar la clonación en humanos ‘por lo menos, hasta que la eficiencia sea muy elevada y después de que se haya desarrollado en otras especies de mamíferos y los resultados hayan sido analizados.’” Rodolfo Vázquez, “Una justificación liberal de la clonación”, en *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, *id.* (comp.), Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Fondo de Cultura Económica (FCE), México, 1999, p. 213. La cita que se hace corresponde a Rubén Lisker y Ricardo Tapia, “Clonación en humanos”, en *Ciencia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias*, vol. 48, núm. 3, septiembre de 1997, p. 9.

³⁸ Miguel Carbonell sostiene que es menester tomar en cuenta “la modestia con la que el derecho debe regular ciertas cuestiones o, en otras palabras, la impotencia del orden jurídico en materia de sexualidad o maternidad, por ejemplo [puesto que] ni la prohibición del aborto, ni el no reconocimiento o la penalización de técnicas de fecundación asistida o de contratos reproductivos o incluso, de forma todavía más básica, de relaciones sexuales no tradicionales ... han impedido que se lleven a cabo. Las ha hecho, eso sí, más complejas y han arrojado ciertas prácticas a la ilegalidad, pero las prohibiciones legales nunca han sido capaces de impedir su realización [lo que] nos obliga, a quienes trabajamos en el campo de la reflexión jurídica, a ser conscientes de los límites del ordenamiento y de la regulación jurídica en todos los ámbitos de la vida.” Miguel Carbonell, Epílogo. “Un derecho para todos”, en Tamar Pitch, *op. cit.*, p. 299.

³⁹ Lo que presupone que se le otorgue a tales derechos fundamentales una connotación de derechos subjetivos, en la acepción que por tal término entiende la situación particular en que se encuentra una persona en relación con el derecho objetivo (un determinado sistema normativo, por ejemplo, el derecho mexicano o el derecho constitucional), del cual deriva el derecho subjetivo que tiene como correlato una obligación activa a cargo de un tercero, o una obligación negativa, y del cual resultan parcialmente sinónimos, entre otras, las expresiones: ‘libertad’, ‘permiso’, ‘licencia’, ‘atribución’, ‘privilegio’, ‘facultad’ y ‘poder’. Véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 4a ed., Barcelona, Ariel, 1991, pp. 195-208. Por su parte, Ferrajoli define a los derechos subjetivos como “las expectativas

se ponderen por los órganos legislativos las razones propias y ajenas, de modo tal que se pueda producir un debate racional, laico y científico, que trascienda las interpretaciones que se sustentan en consideraciones de índole moral, religioso o ideológico, como la única manera de evitar una permanente situación de conflicto, en la que pierden por igual todos los actores involucrados, y son sacrificados tanto los derechos fundamentales como los valores constitucionales que se pretenden salvaguardar, y que sea resuelta la tensión que se actualiza entre la conveniencia de que la reproducción humana se encuentre regulada por normas de derecho público, que potencialmente pueden tener efectos invasores de la privacidad, con el fin de acotar las relaciones privadas en las que se produce la procreación, y la necesidad de que sea salvaguardada la privacidad y la autonomía de las personas.

positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica”
L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*. La..., p. 59.

BIBLIOGRAFÍA

- Barreiro, Belén, *Democracia y conflicto moral: la política del aborto en España e Italia*, Madrid, Ediciones Istmo, 2000.
- Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- Bovino, Alberto, con la colaboración de Christian Hurtado. “Justicia penal y derechos humanos”. Editores del Puerto, S. de R. L., primera edición, Buenos Aires, 2005.
- Correa, Sonia y Rosalind Petchesky, “Los derechos reproductivos y sexuales: una perspectiva feminista”, en *Elementos para el análisis ético de la reproducción*, Juan Guillermo Figueroa (Coord.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp 99-135.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Facio, Alda, “De las necesidades básicas a los derechos humanos”, en *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Rebeca J. Cook (ed.), Bogotá, PROFAMILIA, primera edición traducida al español, 1997, pp. 350-365.
- _____, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibarra y Andrea Greppi, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. José María Lujambio, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.
- Martínez Zorrila, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
- Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, S.A., 2007.
- Morales Aché, Pedro, “Los derechos sexuales desde una perspectiva jurídica”, en *Sexualidad, derechos humanos y ciudadanía. Diálogos sobre un proyecto en construcción*, Ivonne Szasz y Guadalupe Salas, (coords.), México, El Colegio de México, 2008, pp. 137-183.
- Pimentel, Silvia y Valeria Pandjarian, “Derechos reproductivos. Fragmentos de reflexiones”, en *Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Derechos humanos*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), 2002.
- Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, primera edición en español, trad. Cristina García Pascual, pról. Luigi Ferrajoli y epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1991.
- Ranke-Heinemann, Uta, *Eunucos por el reino de los cielos. La Iglesia católica y la sexualidad*, 2ª ed., trad. Víctor Abelardo Martínez de Lopera. Editorial Trotta, S.A., segunda edición, Madrid, Trotta, 2005.
- Shapiro, Ian, “El derecho constitucional en materia de aborto en Estados Unidos: Una introducción”, trad. Victoria Roca, en *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Ian Shapiro, Pablo de Lora del Toro y Carmen Tomás-Valiente. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-85.
- Smart, Carol, “La mujer del discurso jurídico”, trad. de Elisabet Almeda, en *Mujeres, derecho penal y criminología*, Elena Larraurí (comp.). Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1994, pp. 167-189.
- Spivak, Gayatri Chakravorty. “¿Por qué los estudios de las mujeres?”, Introd. y trad. de Isabel Carrera Suárez, en *Nación, diversidad y género*, Patricia Bastida Rodríguez y Carla Rodríguez González (eds.), Isabel Carrera Suárez (coord.), Barcelona, Anthropos, 2010, pp. 15-40.
- Villanueva Flores, Rocío, *La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina*, San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- Vázquez, Rodolfo, “Una justificación liberal de la clonación”, en *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Rodolfo Vázquez (coomp.). México, Insti-

tuto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 201-213.

Vega Gutiérrez, Ana María, “Los ‘derechos reproductivos’ en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Jaime Vidal Martínez (coord.), Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 1-52.

Zagrebel'sky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999.

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES: INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA

Francesca Puigpelat Martí

I. Feminismo y derechos reproductivos

a) Que los hombres y las mujeres son “iguales y tienen los mismos derechos” es una creencia compartida mayoritariamente, al menos de forma abstracta, en las sociedades occidentales actuales. Desgraciadamente, esta aspiración no tiene aún su correlato apropiado en la regulación jurídica, y mucho menos, efectividad en la realidad social. Pese a todo, uno de los cambios más significativos en la agenda política de las organizaciones internacionales y de los estados nacionales, desde finales del siglo pasado, ha sido, precisamente, tomarse en serio el tema de la igualdad entre los hombres y las mujeres.

El movimiento feminista ha sido determinante para forzar este cambio. El feminismo es una de las tradiciones políticas de la modernidad, igualitaria y democrática, que se opone a una de las jerarquías más antiguas en la sociedad, la que existe entre varones y mujeres. A partir del siglo xvii, a medida en que se fue construyendo la noción de individuo como ente abstracto que carece de toda determinación, empezó a cuestionarse también esta jerarquía (Valcárcel, 2002, pp. 151ss.). El movimiento sufragista del siglo xix, al reivindicar para las mujeres el derecho al voto y a la educación, sentó las bases imprescindibles para la remoción de la jerarquía masculina.

Sin embargo, y pese a este punto de partida común, el movimiento feminista no es uniforme. Existen en su seno distintas corrientes que sostienen diferentes opiniones sobre las causas que han dado lugar a la situación de subordinación de las

mujeres y los mecanismos que deben articularse para acabar con ella, pero también respecto a la cuestión de cuándo se alcanza el ideal de la “igualdad entre los hombres y las mujeres”.

La institución familiar, la reproducción y el ejercicio de la sexualidad han sido siempre objeto de reflexión intelectual y de regulación jurídica, social, moral y religiosa, así como de confrontaciones ideológico-políticas muy encendidas. El movimiento feminista se ha ocupado de estos temas con una atención especial. Ello se debe a que la posición de desventaja social de las mujeres respecto de los hombres se ha explicado, en buena medida, como una consecuencia de lo que para unos y otras comportan el ejercicio de la sexualidad, la procreación y las instituciones político-sociales construidas en torno a ellas.

En coherencia con ello una de las grandes reivindicaciones del movimiento feminista del siglo xx ha sido, y sigue siendo todavía, el reconocimiento formal y efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La diversidad apuntada en el seno del feminismo determina, sin embargo, la existencia de distintos puntos de vista acerca de su contenido, límites y fundamentación.

b) Los derechos reproductivos, como tales, no suelen estar expresamente formulados en las legislaciones nacionales ni en las principales declaraciones internacionales de derechos, a no ser que se visualicen como parte integrante del derecho a fundar una familia, del derecho a la libertad, a la intimidad, a la integridad y a la salud.

Es relativamente reciente el reconocimiento explícito de estos derechos, como derechos humanos, en una Declaración internacional. La Primera Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, declaró en su artículo 16 “que los padres tienen el derecho fundamental para decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”. Derecho que se reitera en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest en 1974 y en la Declaración Final de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994.

La Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing de 1995 y su Plataforma para la Acción reiteraron que “los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho fundamental de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”. En estas Conferencias se proclamó, también, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La libertad reproductiva no sólo requiere la garantía de estos derechos, sino que se visualiza como una condición previa necesaria para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva respecto a los hombres (Alkorta, 2003, pp. 294ss.)

Sin que tengan exactamente el mismo ámbito, es frecuente asociar los derechos sexuales y los derechos reproductivos. En el artículo 96 del documento Plataforma para la Acción, aprobado en la citada Conferencia de Beijing, se establece:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de estas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.

Esta asociación es pertinente en la medida en que hasta hace poco la reproducción ha sido siempre una consecuencia derivada del ejercicio de relaciones sexuales. Hasta el punto que, como señala MacKinnon, “En la experiencia de las mujeres, sexualidad y reproducción son inseparables una de la otra y del género” (MacKinnon 1995: 329). Sin embargo, desde hace tiempo es posible tener descendencia sin tener sexo. El uso de las técnicas de reproducción asistida (TRA) añade nuevos problemas a los que se derivan de poder tener sexo sin tener hijos y que también afectan al alcance de los derechos reproductivos. ¿Tiene derecho una mujer a que se le implanten los embriones crioconservados, una vez separada de su marido, si éste se opone a ello? En la resolución de esta cuestión, y de otras situaciones complejas derivadas del uso de las TRA, los Tribunales se han visto forzados a pronunciarse sobre la existencia y los límites de este derecho.

Son muchas las cuestiones involucradas en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En este trabajo no examinaremos el alcance de los derechos a la libertad sexual y a unos servicios de salud sexual, ni se abordará la cuestión de si la autodeterminación en materia sexual justificaría considerar la prestación de servicios sexuales como una actividad laboral reconocida y tutelada por el Estado.

Tampoco nos ocuparemos de todos los problemas relacionados con los derechos reproductivos. En la reproducción sexuada y asexuada estos derechos se articulan en torno a la capacidad de decidir si se quiere o no tener descendencia, con quién, cuánta, cuándo y cómo. Los temas más discutidos en la reproducción sexuada son la libertad de elección de la pareja, el acceso a los métodos anticonceptivos y a los servicios de salud reproductiva y el aborto. En la reproducción asexuada, además de los anteriores, son polémicos la selección embrionaria, la clonación, la maternidad por sustitución, el anonimato de las donaciones y a quiénes puede restringirse el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Excepto que se rechace totalmente la legitimidad de su uso, se acepta normalmente que puedan utilizarlas las parejas heterosexuales. Las posiciones no son coincidentes en relación a las mujeres solas, hombres solos, parejas lesbianas y homosexua-

les, y exponente de ello son las distintas regulaciones jurídicas existentes en esta materia.

De todas estas cuestiones sólo nos interesa analizar algunos de los argumentos que, desde el feminismo, se alegan para fundamentar la licitud del aborto y la maternidad subrogada. Cada una de estas realidades plantea conflictos distintos, pero en ambas está en juego el alcance de los derechos reproductivos de las mujeres. Si en el aborto se discute el derecho de las mujeres a poner fin a una gestación, en la maternidad por sustitución se cuestiona que las mujeres puedan llevarla a cabo en beneficio de otras personas. Mientras que el derecho al aborto, como forma de control de la reproducción o como control de la sexualidad, ha sido una reivindicación mayoritaria del movimiento feminista, las posiciones en torno con la maternidad por sustitución están más divididas, igual que lo están en relación a las propias técnicas de reproducción asistida.

La ventaja de tomar como punto de referencia el aborto y la maternidad por sustitución es que permite situarnos frente a una realidad procreativa más compleja desde la que puede contrastarse mejor la pertinencia de algunos de los argumentos que se han utilizado para la fundamentación y límites de los derechos reproductivos de las mujeres.

II. La interrupción voluntaria del embarazo

Planteamiento

La demanda mayoritaria del feminismo de que la mujer pueda decidir libremente interrumpir o no una gestación no es admitida en todos los ordenamientos jurídicos. Las distintas regulaciones existentes son un reflejo de la disparidad valorativa que sobre este tema hay en la sociedad. Según datos de 2008 del *Center for Reproductive Rights*, las legislaciones más restrictivas (68 países, 25.7% de la población mundial) son las que prohíben totalmente la interrupción voluntaria del embarazo o sólo la admiten para salvar la vida de la madre. Las menos restrictivas (56 países, 39.3% de la población mundial) son las que la permiten sin tener que alegar razón alguna dentro de un periodo que varía según cada legislación. En una posición intermedia se hallan aquellas que la permiten no sólo para salvar la vida de la madre, sino también para preservar su salud física (35 países, 9.6% de la población mundial), o su salud mental (23 países, 4.2% de la población mundial), o por razones socioeconómicas (14 países, 21.3% de la población).

Muchos de estos países admiten, además, que pueden existir otras indicaciones para permitir la interrupción de la gestación: cuando el embarazo ha sido fruto de una violación o de un incesto, o cuando entraña posibilidad de malformaciones

fetales. Los países que permiten el aborto por la sola decisión de la mujer durante un periodo determinado también admiten que, una vez transcurrido éste, se pueda llevar a cabo cuando concurren algunas de las indicaciones.

De todas estas regulaciones, las más compatibles con el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres son las que permiten que sean éstas las que decidan libremente si quieren o no interrumpir la gestación. Plantean serias objeciones, las cuales se ajustan al modelo intermedio del sistema de indicaciones.

Un ejemplo de este modelo ha sido la regulación vigente en España ante la probable entrada en vigor de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, que se está discutiendo en las Cámaras, y que introducirá el sistema de plazos. La LO 9 /1985 incorporó al Código Penal el artículo 417 bis. Según éste, el aborto está despenalizado en tres supuestos: cuando el embarazo suponga un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre, cuando el embarazo sea consecuencia de una violación y cuando el feto pueda tener graves malformaciones físicas o psíquicas.

Esta ley fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional resolvió el recurso declarando inconstitucional el texto y ordenó que el legislador incluyera una serie de garantías formales para evitar que se practicasen interrupciones de la gestación fuera de los casos establecidos y con garantías para la vida y la salud de las mujeres. Pero, en contra de los que alegaban que era inconstitucional por vulnerar el derecho a la vida del *nasciturus*, consideró que el sistema de indicaciones que instauraba no era contrario a la Constitución.

Fundamentó su decisión en que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida reconocido en la Constitución española en el artículo 15, aunque su vida sea un bien protegido constitucionalmente. Que esta protección no tiene un carácter absoluto y puede estar sujeta a ciertos límites. Los límites se derivan del conflicto entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre. Los derechos en juego de la embarazada son el derecho a la vida y a la salud y el de la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” que se vincula al “valor jurídico fundamental” de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona va ligada al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10), a los derechos a la integridad física y moral (art. 15) a la libertad de creencias e ideas (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). La dignidad se manifiesta en la posibilidad de autodeterminarse y conducir de forma responsable la propia vida exigiendo el respeto de los demás. En la concreción de este principio no puede ignorarse la especificidad de la condición femenina y la concreción de estos derechos en el ámbito de la maternidad.

Sentado el conflicto entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre, entendió que no puede prevalecer incondicionalmente sólo la perspectiva de los de-

rechos procreativos de las mujeres o sólo la de la protección de la vida del *nasciturus*. Ambas deben ser tenidas en cuenta en una regulación del aborto compatible con la Constitución. De la lectura de esta sentencia parece desprenderse que el sistema de indicaciones es respetuoso con los derechos reproductivos de las mujeres.

Es más, la legislación española, al no poner límites temporales a la posibilidad de interrumpir la gestación cuando se halla en peligro la vida y la salud física o psíquica de la madre, acreditada por informes médicos, ha dado lugar, *de facto*, a una práctica del aborto mucho más permisiva que la de otros países europeos en los que existen las legislaciones menos restrictivas.

Este modelo es, sin embargo, muy discutible desde la perspectiva de los derechos reproductivos de las mujeres. Ello es así porque la voluntad de la embarazada, cuyos derechos entran en conflicto con la vida del *nasciturus*, es sólo un elemento más en el marco de un sistema en el que la última palabra para decidir la interrupción del embarazo depende del informe de terceros. Son los informes médicos los que determinan la posibilidad o no de la interrupción.

Esta intervención de terceros es, a la vez, una fuente de desigualdades entre las mujeres, dado que la valoración de la indicación terapéutica, sobre todo la referida a la salud psíquica de la madre, por otro lado la más alegada, puede ser muy variable en función de los criterios de cada evaluador.

Además, en la medida en que la licitud de la interrupción de la gestación depende del cumplimiento de circunstancias objetivamente predeterminadas siempre queda abierta la posibilidad de que los Tribunales puedan entrar a valorar si en cada caso concurren o no las razones alegadas en los informes médicos.

Es razonable sostener, por todo ello, que hay otros modelos legislativos que garantizan de forma más apropiada los derechos reproductivos de las mujeres. Algunos sectores del feminismo apuestan por un modelo en el que las mujeres puedan decidir en todo momento del embarazo si quieren seguir o no con la gestación. La vida embrionaria sólo merecería protección jurídica plena, en contra de la voluntad de la embarazada, a partir de su nacimiento. Las partidarias de no limitar temporalmente la posibilidad de abortar suelen fundamentarlo en un derecho al propio cuerpo, como parte esencial del ejercicio de la autonomía.

El argumento del derecho al propio cuerpo

La propiedad del propio cuerpo es sin duda el punto de partida necesario de una sociedad democrática en la que cada individuo tiene igual valor. El derecho al propio cuerpo es la primera y principal propiedad individual que traza un límite infranqueable a las exigencias de otros individuos. Con base en ello se justifica que

las personas puedan negarse a dar aquella parte de su cuerpo que podría servir para salvar la vida de otra persona que se está muriendo o para paliarle una grave discapacidad, sobre todo en un momento en el que la técnica de los trasplantes de órganos empieza a ser una práctica médica segura.

Para las mujeres, la defensa de este derecho tiene, además, una especial significación pues su cuerpo se ha visualizado tradicionalmente como un objeto al servicio de la satisfacción de necesidades de otros. Pero, aunque la autopropiedad sea un postulado irrenunciable, ello no significa que sea irrestricta y que no pueda justificarse, en ciertos casos, la posibilidad de su limitación.

Los límites del derecho al propio cuerpo pueden establecerse cuando se plantea un conflicto con otros valores, intereses o derechos. Así, la capacidad de disponer libremente está expresamente prohibida en muchos ordenamientos jurídicos en relación a la venta de órganos, óvulos, alquiler del útero, aunque en algunos casos es dudosa su justificación.

Con relación al aborto, es discutible que la disposición sobre la vida del *nasciturus* pueda defenderse simplemente como un mero ejercicio de disposición sobre el propio cuerpo cuyo tratamiento pudiese ser equiparado al de los denominados “delitos sin víctima”, tales como el consumo de drogas, la homosexualidad, la prostitución y la venta de órganos o partes del cuerpo. En el aborto la conducta no es autorreferente sino que se proyecta sobre otra entidad corpórea aunque ésta sea incapaz de desarrollar sus potencialidades vitales sin el concurso de la embarazada. Es cierto que la relación entre la embarazada y el feto es bastante singular. La frase de Adriana Reich, citada por MacKinnon, “el niño que llevo durante nueve meses no puede ser definido ni como yo ni como no yo” (MacKinnon 1995, 337 nota 13) expresa acertadamente esta especial relación. Pero la total dependencia del *nasciturus* del cuerpo de la mujer, al menos hasta que alcanza la viabilidad, no puede llevar a diluir su propia entidad corporal ni su valor como bien digno de protección (Ruiz Miguel 1990: 79).

Por ello no me parece apropiado considerar el aborto sólo como un ejemplo de limitación paternalista sobre el uso de nuestro propio cuerpo. En el aborto tiene un papel destacado el valor que atribuimos a la vida humana embrionaria cuando ésta entra en conflicto con la voluntad de la embarazada de poner fin a la gestación. Sólo si se parte de que la vida embrionaria tiene significación moral, más allá de la que pueda atribuirle o no la embarazada, tiene sentido que se reconozca la objeción de conciencia al aborto del personal sanitario como expresión del respeto a la libertad de creencias y religiosa.

No hay consenso, sin embargo, sobre el valor de la vida humana embrionaria por lo que tampoco es pacífico cuál debe ser el grado de su protección. En la actualidad esta disparidad valorativa se ha manifestado, más allá del tema del abor-

to, en relación con las técnicas de reproducción asistida, aunque también en este ámbito los grupos antiabortistas siguen teniendo una voz destacada.

Las nuevas tecnologías no sólo permiten, como hace la fecundación *in vitro*, generar vida humana embrionaria fuera del cuerpo de las mujeres y visualizarla desde sus inicios, sino también observarla durante sus distintas fases de desarrollo. La percepción de la vida embrionaria como una realidad separada del cuerpo de la embarazada cobra un relieve especial cuando se implantan en el útero de una mujer embriones crioconservados en las clínicas de reproducción y que no proceden necesariamente de la fecundación de sus propios óvulos. Ahora, sin embargo, las discordancias no se limitan a si debe protegerse o no la vida embrionaria, sino que afectan también a la cuestión de hasta qué punto los embriones y fetos pueden ser objeto de diagnóstico, de tratamiento, de investigación, de experimentación y de comercialización (Puigpelat, 2008a, p. 63).

La posición más extrema es la que sostiene que el embrión es persona y como tal sería titular del derecho a la vida desde el momento de su concepción (De Miguel, 2004, p. 73ss.). Precisamente por ello es muy interesante la propuesta de Judith Jarvis Thomson sobre la licitud del aborto, basada en el derecho al propio cuerpo, presuponiendo que el feto sea una persona y tenga derecho a la vida. En ella intenta mostrar que, pese a que el derecho al propio cuerpo de la madre parece de menor rango que el derecho a la vida del feto, es permisible, aunque no siempre, que la embarazada pueda disponer de la vida del feto.

Desarrolla su argumentación comparando la situación de la mujer durante el embarazo a la de una persona a la que sin su consentimiento se la obliga a estar en un hospital durante nueve meses con sus riñones conectados a los de un violinista famoso para poder salvaguardar la supervivencia de éste. (Thomson, 1983, pp. 11ss.). Entiende que el derecho a la vida del violinista no comporta el derecho a usar los riñones de otra persona, a menos que ésta le haya dado su consentimiento, ni a poder exigirle que se lo otorgue. En el caso de que ésta consintiese estaríamos ante una muestra de amabilidad pero no de cumplimiento de un deber. Esto es, “tener derecho a la vida no garantiza que se tenga derecho a usar o disponer de forma continua del cuerpo de otra persona sin su consentimiento, aunque se necesite para la vida misma” (*ibid.*, p. 20).

En el caso de un embarazo se trataría de ver si el embrión tiene unos derechos especiales respecto de la madre, que le facultan a disponer de su cuerpo. Cuando el embarazo es fruto de una violación parece claro que la madre nunca ha concedido este derecho. En los casos de un coito consentido, sabiendo que existe la posibilidad de que derive en embarazo, podría parecer que la madre es parcialmente responsable de que el feto esté en su cuerpo y que no puede compararse su posición a la situación del violinista (*ibid.*, p. 22). Después de plantearse distintas posibilidades de las que puede derivar un embarazo, considera que “a nadie se le

puede requerir que sacrifique su salud, sus intereses e inquietudes y todos sus deberes y compromisos durante nueve años, o incluso nueve meses, para mantener viva a otra persona” excepto en los casos en los que el no nacido tenga derecho a exigirlos (*ibid.*, p. 27). Si los padres han tomado todas las precauciones razonables para evitar un niño “no tienen una especial responsabilidad hacia él sólo en virtud de la relación biológica que les une al niño que han concebido. Puede que quieran asumir esta responsabilidad, pero puede que no quieran” (*ibid.*, p. 31). Probablemente ello incluiría los casos de embarazos por ignorancia, descuido o fallo del método anticonceptivo (Singer, 1995, p. 147).

Muchas son las objeciones que se han hecho a esta concepción (Singer, 1995, pp. 147ss.; Farrell, 1985, pp. 18ss.; Ruiz Miguel, 1990, pp. 58ss.). No me detendré en su análisis al no compartir el presupuesto del que parte la argumentación de Thomson: que el *nasciturus* sea titular del derecho a la vida como el ya nacido. Sostener que el feto tiene el mismo derecho a la vida que los ya nacidos, no sólo es incoherente con instituciones y creencias sociales muy arraigadas, sino que también es incompatible con la existencia de las técnicas de reproducción asistida y algunos de los procedimientos que posibilitan la intervención sobre los embriones (De Lora y Gascón, 2008, p. 76).

Entiendo que éste no es un argumento suficiente y especialmente convincente para los que defienden que el embrión es titular del derecho a la vida, pues con ello pretenden denunciar y transformar aquellas prácticas sociales vigentes que consideran infundadas por ser incompatibles con su tesis. Este trabajo, sin embargo, no cuestiona la práctica del aborto ni la de las técnicas de reproducción asistida como manifestaciones posibles del ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres. Su objetivo es examinar cuál puede ser su fundamentación más apropiada y en qué medida parece razonable poner límites a su ejercicio en determinados supuestos.

El argumento del derecho a la intimidad personal y familiar

El derecho a la intimidad personal y familiar es otro de los argumentos utilizados para fundamentar la licitud del aborto. Así lo hizo el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Roe v. Wade*, cuando declaró no sólo inconstitucional una ley de Texas que prohibía los abortos, excepto para salvar la vida de la madre, sino también “cualquier ley estatal que con el fin de proteger al feto prohibiera el aborto durante los dos primeros trimestres del embarazo –es decir, antes del séptimo mes–” (Dworkin, 1994, p. 14).

En respuesta a las alegaciones de la parte recurrente de que la prohibición del aborto limitaba su derecho a la privacidad personal, el Tribunal consideró que, aun-

que la Constitución no menciona expresamente este derecho, éste ya se había reconocido anteriormente en sede jurisdiccional respecto de ciertas áreas o zonas –prescripción y uso de anticonceptivos– y que en ellas habría que incluir la decisión de abortar. Afirmó, también, que si bien al Estado le está vedado interferir en la esfera íntima de las personas durante los tres primeros meses del embarazo, a partir de este momento puede regular el aborto cuando esta regulación tiene como objetivo la preservación y protección de la salud materna (Farrell, 1993, pp. 83ss.).

El fundamento del aborto basado en el derecho a la intimidad ha sido especialmente criticado por algunas pensadoras feministas. Según MacKinnon, este argumento parte del presupuesto de que hay cuestiones privadas sobre las que el Estado no debe interferir, como las cuestiones sexuales de las parejas, y cuestiones públicas sobre las que sí debe. El hecho de que la intimidad sea inviolable por el Estado y se defina como derecho individual parece dar a entender que “se considera implícitamente que la intimidad garantiza una simetría de poder. El daño surge por la violación de la esfera privada, no dentro, por y a causa de esta” (MacKinnon, 1995, p. 340).

Esta conceptualización de lo privado pasa por alto que las mujeres, circunscritas tradicionalmente a este ámbito, no han gozado en él de libertad sino que allí el poder masculino se ha ejercido muchas veces sin ninguna limitación (Puigpelat 2005: 92ss). La referencia a un derecho a la privacidad puede ser contraproducente no sólo porque permite justificar que el Estado se desentienda de lo que les pasa a las mujeres dentro de su domicilio, cuando se sabe que este es un espacio especialmente peligroso para ellas, donde pueden ser apaleadas, violadas y explotadas, sino porque favorece las tesis de que el Estado no asuma los gastos derivados de la práctica del aborto (MacKinnon (2005: 263).

El problema en el tema del aborto es, según MacKinnon, que tanto los defensores como los detractores parecen presuponer que las mujeres controlan el sexo. Por este motivo, la discusión se centra sobre todo en el control de la reproducción presuponiendo que éste es esencial para la libertad sexual de las mujeres. Si se considera que la desigualdad sexual entre hombres y mujeres sólo proviene de una socialización sexual represiva para las mujeres y del embarazo como consecuencia del acto sexual, el derecho al aborto constituye el instrumento necesario para paliar la desigual consecuencia reproductiva de la actividad sexual. Se consigue la igualdad sexual cuando las mujeres pueden tener relaciones sexuales con los hombres en las mismas condiciones que las tienen ellos; esto es, sin consecuencias. Pero con ello se está encubriendo lo que para MacKinnon es fundamental: que la relación sexual que precede a la concepción no es igualitaria.

La política del aborto tradicional nunca se ha abordado en el “contexto de cómo quedan embarazadas las mujeres, como consecuencia de un coito en condiciones de desigualdad entre los sexos, o sea, como cuestión de sexo forzado” (*ibid.*,

p. 332). La desigualdad sexual viene determinada por el hecho de que “las mujeres están definidas como mujeres por los usos, sexuales y reproductivos, a que desean someterlas los hombres (*ibid.*, p. 336). En estas condiciones de desigualdad lo que posibilita el aborto es eliminar “la única consecuencia real que los hombres no podían obviar fácilmente, la única razón legitimada que quedaba a las mujeres para negarse al sexo además del dolor de cabeza” (*ibid.*, p. 339).

El derecho al aborto, por ello, no puede basarse en las desiguales consecuencias reproductivas de la relación sexual, sino que ha de situarse en el marco más general de la desigualdad social y política de los sexos. Remover estas desigualdades requiere intervención y la doctrina del derecho a la intimidad en el aborto no sólo no promueve un cambio social sino que presupone que la no intervención del Estado en la esfera privada favorece la elección de las mujeres (*ibid.*, p. 341). Lo que para el feminismo son elementos determinantes en el sometimiento de la mujer “—el mismo lugar, el cuerpo; las mismas relaciones, heterosexuales; las mismas actividades, el coito y la reproducción; y los mismos sentimientos, íntimos— forman el núcleo de la cobertura de la doctrina de la intimidad” (*ibid.*, p. 345).

Dworkin no comparte las tesis de MacKinnon de que el Tribunal Supremo al reconocer la privacidad en el sexo presuponga que las mujeres sean realmente libres cuando deciden en materia sexual, que las leyes no han de proteger a las mujeres en las relaciones sexuales de pareja o que deba negarse la financiación pública de los abortos. Considera que ésta confunde diversos sentidos de privacidad. En algunos casos la privacidad alude al espacio territorial en el que una persona es libre de hacer lo que quiera. En otros se refiere a la confidencialidad, esto es, no tener por qué revelar datos personales. Pero también connota, a veces, soberanía en la toma de decisiones. Éste sería, según él, el sentido de privacidad en la sentencia *Roe vs. Wade* (Dworkin, 1994, pp. 73ss.).

Sí comparte con ella la creencia de que hay una relación específica entre el feto y la embarazada, y que todo lo que puede ser especial, trágico y complejo en el tema del embarazo y el aborto queda desdibujado en la concepción liberal según la cual las mujeres tienen derecho al aborto porque tienen derecho a la soberanía en la toma de decisiones personales. Ésta sería una explicación “que se aplicaría con igual fuerza al derecho de la mujer a elegir su propia ropa” (*ibid.*, p. 76).

La complejidad del aborto y la perspectiva de las mujeres frente a él queda muy bien reflejada en un estudio de Gilligan, basado en unas entrevistas a veintinueve mujeres que habían decidido abortar, y que le sirve para ejemplificar su tesis más general de que las mujeres se plantean la resolución de dilemas morales no con base en los derechos y la justicia, sino en la responsabilidad y el cuidado (Gilligan, 1985). Como bien señala Dworkin, cada una de las mujeres entrevistadas trataba de “calibrar su responsabilidad de respetar el valor intrínseco de su propia vida, situar en este contexto la tremenda decisión de que había de tomar y considerar las

decisiones acerca de si interrumpir o no una nueva vida en el marco de la exigencia más general de mostrar respeto por cualquier vida, empezando por la propia y con la responsabilidad inherente” (Dworkin, 1994, p. 82)

Ruiz Miguel también ha señalado los límites de la fundamentación basada en el derecho a la intimidad. En primer lugar, la cobertura que proporciona la intimidad va perdiendo fuerza a medida que el aborto se aleja del “momento propio de los anticonceptivos, en los que interviene sólo la mujer, o todo lo más la pareja, y no es precisa la colaboración directa de un médico. En segundo lugar, su fuerza deriva en último término del valor de la autonomía de las personas (Ruiz Miguel, 1990, p. 68). Por ello entiende también que el Tribunal, al aludir a los perjuicios que la maternidad puede causar a la mujer por el embarazo o el parto o en la vida futura, estaba enlazando “el *right of privacy* más bien con el derecho a la autonomía que con el derecho a la intimidad estrictamente entendido” (*ibid.*, p. 69).

Que el derecho a la intimidad, como ámbito privado en el que no puede intervenir el Estado, no es el más apropiado para fundamentar el aborto, se percibe más claramente cuando hay que abordarlo en el contexto de las TRA. Y no sólo porque éstas se llevan a cabo fuera del “dormitorio” y requieren la intervención de extraños a la pareja y a la mujer embarazada sino también porque, como podremos ver en la maternidad subrogada, pueden darse situaciones problemáticas que deberían ser delimitadas por vía legislativa.

El argumento del derecho a la autonomía procreativa

Un argumento con más peso que el del derecho al propio cuerpo y a la intimidad, para fundamentar la interrupción voluntaria del embarazo, es el del respeto a la autonomía procreativa, cuando el conflicto no se plantea entre la vida del feto y la vida y salud de la embarazada. Las sociedades democráticas actuales se autorrepresentan como un conjunto de individuos libres, iguales y solidarios. La libertad implica no sólo la facultad de actuar sin constricciones externas sino también la posibilidad de autolegislarse. La autonomía alude, precisamente, a la capacidad que tienen las personas para decidir sobre todos los asuntos que les conciernen y a que estas decisiones sean respetadas por los demás. Una de las decisiones que pueden afectar a más largo plazo a la vida de las personas es la de tener o no descendencia. Pero más allá de sus consecuencias para la realización de un plan de vida personal satisfactorio, esta decisión tiene también para muchas personas un componente simbólico y religioso. Por ello en una sociedad democrática la autonomía procreativa debe ser respetada al máximo.

Si tener o no un hijo/a es siempre una decisión crucial tanto para los hombres como para las mujeres, en el caso de las mujeres lo es aún más. Y no sólo porque

son las que llevan a cabo el embarazo y el parto, sino también porque socialmente tienen atribuidas las labores de cuidado de la descendencia. Esta asignación de las tareas de cuidado a las mujeres socialmente construida, pero que parece derivar “naturalmente” del sustrato biológico de la maternidad, ha sido y sigue siendo una de las causas, aunque no la única, que impide la igualdad entre hombres y mujeres.

En la medida en que cuestionamos esta construcción es evidente que el cuidado de los hijos debería corresponder por igual a hombres y mujeres. Pero algo tan obvio es hoy aún un *desiderátum* que dista de ser alcanzado. En la actual situación de desigual reparto de las cargas de la reproducción, y para evitar que la desigualdad se amplifique, la autonomía procreativa de las mujeres ha de prevalecer sobre la de su pareja en caso de conflicto. Sin embargo, aun cuando el reparto de las tareas de cuidado llegara a ser equitativo, la mujer que ha de asumir el embarazo y el parto ha de poder decidir también prioritariamente si acepta o no la reproducción.

Respetar la autonomía cuando se proyecta a la esfera reproductiva no es incompatible con que el legislador imponga límites a su ejercicio. Aquélla puede satisfacerse en mayor o menor grado y no queda anulada cuando no puede ejercerse en su máxima extensión para salvaguardar un bien que socialmente se considera digno de protección jurídica, como es en el aborto la vida del embrión. Aunque pueden verse como valores contrapuestos el respeto a la decisión reproductiva de las mujeres y la vida del embrión, es necesario advertir que muchas mujeres, cuando demandan este respeto, suelen visualizarlo como una medida tendente a evitar causar un daño a su descendencia por la asunción de una maternidad no responsable.

Existe amplio consenso social en que la vida del embrión tiene valor en sí misma y que éste valor aumenta según va avanzando el proceso de desarrollo embrionario. Esta valoración gradual explica que el delito de aborto sólo se comete, incluso cuando se realiza contra la voluntad de la mujer, a partir de los catorce días después de la fecundación. La fase que transcurre desde la fecundación del óvulo hasta su implantación en el útero (14 días) no es objeto de protección penal, y por ello el uso del dispositivo intrauterino y la píldora del día después se consideren métodos anticonceptivos y no abortivos. También durante esta etapa, pero no más allá, está permitida en muchas legislaciones la investigación y/experimentación sobre los embriones, aunque no se admita que puedan ser creados especialmente para dicha finalidad (Puigpelat, 2008b, pp. 1002ss.).

Sin embargo, no hay consenso acerca del momento en que el valor de la vida embrionaria es superior al de la autonomía reproductiva de la mujer. Algunas legislaciones consideran que la decisión de la mujer debe primar durante los tres primeros meses del embarazo sobre la vida del embrión, pero que más adelante debe tener más peso la protección de la vida embrionaria.

Creo que, pese a que tres meses parece un tiempo suficiente para tomar decisiones responsables sobre la maternidad, el plazo debería extenderse a todo el tiempo durante el cual el feto no sea considerado viable, esto es, mientras el feto no haya alcanzado aquel grado de desarrollo que le permitiría, llegado el caso, alguna posibilidad de sobrevivir fuera del claustro materno sin secuelas neuronales graves posteriores. Por otra parte, viabilidad no significa seguridad de supervivencia si se provoca el parto, sino que tal pervivencia no es imposible. De hecho, las posibilidades de supervivencia independiente disminuyen a medida que se anticipa el parto, llegando a ser escasas en los primeros momentos de viabilidad. Pero esta viabilidad del feto no equivale todavía a vida independiente, porque mientras sigue en el cuerpo de la madre el feto depende de ella.

Por todo ello, incluso en las últimas semanas del embarazo, éste ha de poder interrumpirse cuando se advierte que supone peligro para la vida y la salud de la madre o cuando se descubren en el feto enfermedades graves e incurables en el momento del diagnóstico. Cuando se da esta circunstancia es probable que cualquier plan de vida de la embarazada se vea tan comprometido por esta maternidad que no le sea exigible su asunción y pueda destruirse la vida del feto pese a su etapa tan avanzada de desarrollo.

Asumir de forma responsable una maternidad va más allá de tomar una decisión sobre el uso del propio cuerpo. El consentimiento inicial de la mujer sobre la gestación no es una razón suficiente para excluir la posibilidad de la interrupción de la gestación cuando ésta se fundamenta en la autonomía procreativa. Ello se debe a que en una decisión procreativa, que afecta al plan de vida futuro de la mujer, están involucradas determinaciones emocionales, morales, sociales y económicas. Aunque todos estos elementos se hayan considerado de forma abstracta antes del embarazo, sólo adquieren significación real cuando se va desarrollando la gestación. No puede desconocerse, además, que en este momento tienen lugar transformaciones químicas y psicológicas que inciden en el proceso deliberativo.

Si se quiere favorecer una decisión procreativa responsable en la que estas circunstancias personales se ponderen reflexivamente en relación al valor de la vida embrionaria, considero conveniente alargar al máximo el tiempo para tomar una decisión y que ésta vaya precedida de un asesoramiento no vinculante que informe a la embarazada de los aspectos médicos de la intervención, de sus consecuencias y de los recursos que la sociedad pone a su disposición para que pueda asumir una maternidad responsable. Es probable, también, que cuanto menos tiempo se tenga para decidir, más probabilidades habrá de que la decisión se incline por la interrupción de la gestación para evitar una posterior incriminación penal.

III. La maternidad subrogada

Feminismo y maternidad subrogada

Las técnicas de reproducción asistida han hecho posible que los gametos femeninos sean fecundados fuera del cuerpo de la mujer. Esto ha posibilitado, a su vez, que estos embriones puedan ser transferidos a mujeres distintas de las que aportan los óvulos. Con ello pueden beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida tanto las mujeres que no tienen óvulos fecundables pero sí pueden gestar, como aquellas que teniendo óvulos fecundables no pueden gestar. De esta forma se han ido ampliando las modalidades procreativas. Una de éstas es la maternidad subrogada o maternidad por sustitución, en la que por medio de un contrato, previo al embarazo, una mujer se compromete a entregar a otra persona el bebé que ella ha gestado a cambio de una contraprestación económica. La maternidad subrogada puede ser plena o parcial. Es plena cuando la mujer no sólo aporta la gestación sino también el óvulo. Es parcial cuando sólo aporta la gestación. El óvulo puede ser de la mujer a la que entregará el bebé que ha gestado o un óvulo donado.

Examinada con más detenimiento, la maternidad por sustitución remite a una realidad bastante compleja en la que pueden distinguirse varios supuestos: la mujer presta su útero para gestar un embrión fecundado con el óvulo y el semen de los miembros de la pareja contratante; la mujer presta su útero para gestar un embrión fecundado con los óvulos de la mujer contratante y semen donado; la mujer presta su útero para gestar un embrión donado; la mujer presta el útero y óvulos que serán fecundados con el semen del varón de la pareja contratante; la mujer presta el útero y óvulos que serán fecundados con semen donado. Es razonable sostener, como hace Alkorta, que no cabe hablar de maternidad subrogada cuando la madre gestante es también la genética, pues este caso “no hay sustitución de ningún tipo y la ‘técnica’ de reproducción no es otra que la entrega del propio hijo al nacer” (Alkorta, 2003, p. 276).

No todos los países permiten la maternidad por sustitución, por ello es frecuente que algunas personas contraten los servicios de una madre sustituta en los países en que sí lo está, engrosando con ello las filas del denominado “turismo reproductivo”. La prohibición de la maternidad por sustitución se ha justificado con diferentes argumentos. Los más frecuentes en su contra son: que es contraria a la dignidad de la madre y el hijo, que altera el orden natural, que entroniza la compraventa de los hijos, que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece sólo a las mujeres y parejas de las clases altas (Puigpelat, 2001, p. 122).

Como ya se señaló, dentro del feminismo las posiciones en torno a la maternidad por sustitución no son coincidentes, como tampoco lo son respecto a las técnicas de reproducción, en relación con su idoneidad para contribuir a la liberación de

las mujeres. Algunos de los argumentos alegados en su contra son también compartidos por el feminismo, pero me parece de especial interés examinar las tesis de Shalev y Pateman a favor y en contra, respectivamente, de la maternidad por sustitución. En ellas pueden verse reflejadas, a su vez, dos corrientes importantes dentro del pensamiento feminista: el feminismo liberal y el feminismo radical.

Carmel Shalev (1992) admite, como sostienen muchas feministas, que en el contexto social actual las TRA han aumentado el control de los hombres sobre los procesos reproductivos, disminuyendo el que tradicionalmente tenían las mujeres sobre ellos. Pero cree que éstas contienen también elementos liberadores al permitir, siguiendo a Roberston, ir más allá del derecho a reproducirse o no, que habían introducido los métodos anticonceptivos. Está a favor de la maternidad por sustitución porque en ella percibe un elemento liberador al refutar la cultura patriarcal: la madre subrogada engendra fuera del vínculo conyugal, rompe la conexión entre maternidad biológica y maternidad social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado. Oponerse a ella es negar a las mujeres su autonomía y mantenerlas en una visión tradicional de la maternidad como un acto altruista y desinteresado.

Pero no sólo se limita la autonomía y la responsabilidad de las mujeres cuando se prohíbe celebrar contratos de subrogación. Se actúa de forma paternalista cuando se permite que las mujeres gestantes vulneren el acuerdo inicial alegando que ello se justifica en el instinto materno que se desencadena de forma natural durante la gestación y el parto (Shalev, 1992, p. 126).

Para Carol Pateman (1995), sin embargo, el contrato de sustitución no es una vía para el reconocimiento de la autonomía de las mujeres. Más bien lo contrario. Éste no es más que una nueva forma del contrato sexual, una nueva forma de acceso y uso de las mujeres por parte de los hombres. Le parece especialmente sospechoso, cuando se dice que es un servicio que una mujer presta a otra mujer, que no se vea especialmente problemática la forma en la que los hombres participan en el contrato y que significa la solicitud de este servicio.

Cree que lo que realmente esconde este contrato es que la madre sustituta recibe un dinero a cambio de que un hombre haga uso de la propiedad específica de la mujer, su útero. Pero no sólo de su útero, sino también del derecho sobre “su capacidad fisiológica, emocional y creativa de su cuerpo, es decir, de sí misma como mujer” (Pateman, 1995, p. 295). Extender a las mujeres la concepción del “individuo” como propietario de su persona, y concebir la libertad como capacidad de hacer lo que uno quiera consigo mismo, comporta, según Pateman, “barrer toda relación intrínseca entre la mujer como propietaria, su cuerpo y sus capacidades reproductivas” (*ibid.*, p. 296). De esta forma, no hay nada específico a la condición de la mujer. Si hasta el presente la condición de mujer se había considerado inse-

parable de la maternidad, con el contrato de sustitución la maternidad ha sido separada de la condición de mujer.

Considera, sin embargo, que no deja de ser paradójico que una mujer pueda ser madre sustituta porque, en cuanto individuo que presta un servicio, su condición de mujer es irrelevante, pero, a su vez, “puede ser una madre ‘sustituta’ sólo porque es una mujer” (*ibid.*, p. 298)

Cuando se examina lo que subyace a los dos planteamientos que hemos expuesto vemos, de acuerdo con Pitch, que lo que se discute son las distintas formas de concebir la subjetividad. En Shalev la subjetividad, en consonancia con el planteamiento liberal, no viene mediada por el cuerpo. Sólo sería la capacidad abstracta de elección racional. En Pateman, por el contrario, la subjetividad tiene que ver con todo aquello que hace de mí lo que soy, y esto inevitablemente incluye mi cuerpo y mi sexo (Pitch, 1998, p. 38).

Tomadas en su totalidad de forma excluyente, ninguna de las dos posiciones me parece satisfactoria. El respeto de la autonomía y la responsabilidad personal no se garantiza sólo mediante el contrato, ni excluye que puedan establecerse restricciones a la libertad de disposición de las partes en una relación contractual. Estas limitaciones se fundamentarían en el hecho de que parece dudoso que un mercado reproductivo, basado en la ley de la oferta y la demanda y la libertad de contratación, sea la forma más apropiada para conciliar los derechos de los progenitores y los de los descendientes y para crear un marco propicio a las relaciones de vinculación e interdependencia afectiva. Por otra parte, tampoco el contrato de sustitución puede verse sólo como un nuevo acceso de los hombres al cuerpo de las mujeres. Como hemos visto, en algunos de los casos mencionados la maternidad por sustitución es la única forma por medio de la cual una mujer puede satisfacer su proyecto de maternidad biológica. Esto es así cuando por razones de salud no puede llevar a cabo por sí misma la gestación pero tiene óvulos fecundables.

Sí me parece más problemática la maternidad por sustitución cuando es utilizada para satisfacer un proyecto de paternidad biológica de los varones, heterosexuales u homosexuales y un proyecto de adopción prenatal de mujeres y hombres; esto es, cuando entre el embrión y los comitentes no existe ninguna relación biológica. Considero por ello que la maternidad por sustitución debería admitirse cuando recurre a ella una mujer que tiene óvulos fecundables pero problemas médicos que le impiden llevar a cabo la gestación.

La maternidad por sustitución parcial y los derechos procreativos de las mujeres

La maternidad por sustitución parcial en la que los óvulos proceden de la madre comitente, que no puede gestar por causas médicas, plantea algunas cuestiones relativas al alcance de los derechos reproductivos de las mujeres: ¿Está justificada su prohibición? ¿Afecta ésta a los mismos derechos de las dos mujeres que intervienen en la relación? Ante una interrupción voluntaria de la gestación, ¿cuál de las dos mujeres debería tener la decisión última?

i) Prohibir a una mujer, que no puede gestar por causas médicas, que se ponga de acuerdo con una madre sustituta para gestar un embrión con el que la comitente tiene una relación biológica, me parece una limitación injustificada de sus derechos reproductivos. La maternidad biológica forma parte del proyecto de vida de muchas mujeres y es, precisamente, la que constituye el núcleo del derecho a la reproducción. El deseo de ser madre no puede minusvalorarse, y despreciarlo supone no sólo una falta de respeto a la autonomía personal, sino también desconocer el alcance que la reproducción tiene para el mantenimiento de cualquier sociedad.

La crítica necesaria a los estereotipos sociales existentes sobre la maternidad no puede llevar a desconocer que la frustración de este proyecto de vida puede, además, causar fuertes sufrimientos psíquicos. Es cierto que dar importancia excesiva en el ámbito personal a la consecución de la maternidad biológica es problemático y que sería positivo favorecer aquellos cambios que sirvan para relativizar la identificación de la maternidad o paternidad social con la biológica. Podría parecer que las TRA no son, precisamente, el mecanismo más adecuado pues refuerzan el deseo de maternidad biológica al generar la expectativa de que gracias a ellas se podrán resolver todos los problemas de infertilidad. Ahora bien, en la medida en que implican la donación de gametos están contribuyendo a que se acepte que la maternidad y paternidad sociales no siempre coinciden con los biológicos (Birke, Himmelweit y Vines, 1992, p. 244).

Si es cierto, sin embargo, que abordar la solución de los problemas de infertilidad como un problema individual subsanable desde las TRA impide que se intervenga seriamente sobre las otras causas que pueden provocarlos. Sabemos que la infertilidad femenina aumenta con la edad de la mujer que opta por la maternidad. Como hoy en día las mujeres acceden más tarde a la maternidad para poder competir en el mercado laboral, cada vez se hacen más necesarias las TRA. Una mejor solución sería, sin duda, transformar las condiciones sociales para que las mujeres pudiesen tener los hijos antes y sin que ello comprometiera su promoción social.

Estar a favor de la maternidad por sustitución parcial no obliga necesariamente a admitir que esta modalidad procreativa sólo pueda constituirse mediante un con-

trato sujeto a las leyes del mercado. Es comprensible que la figura contractual puede parecer especialmente idónea para dar cauce a la autonomía personal, pues históricamente el contrato ha supuesto y supone todavía una forma de establecer vínculos más allá de las formas tradicionales predeterminadas por la adscripción a un estatus. Sin embargo, dadas las características de la prestación no me parece conveniente, desde una perspectiva feminista, que la sustitución se configure como una relación puramente contractual y económica, exigible siempre según los términos establecidos en el momento de suscribir el acuerdo y que finaliza necesariamente después del parto.

Particularmente problemático es que estas relaciones contractuales vengan mediadas por agencias privadas que obtienen beneficios en este mercado reproductivo. Sin compartir totalmente la tesis del efecto degradante de los mercados creo que las páginas de presentación de las agencias de intermediación son un ejemplo claro de un modelo de maternidad de sustitución que no comparto. Así puede leerse en la página de presentación de la agencia Extraordinary Conceptions de San Diego: “[...] nuestra base de datos es en lo absoluto una de las más importantes en la industria porque nosotros verificamos las credenciales de nuestras donantes de óvulos y madres de alquiler, su disponibilidad cada mes y actualizamos nuestra información removiendo las donantes de óvulos y madres de alquiler que ya no pertenecen al programa. También agregamos nuevas donantes de óvulos y madres de alquiler cada semana”. Tampoco me parece deseable el modelo indio de madres de alquiler que conviven conjuntamente durante el embarazo bajo el cuidado del personal de las clínicas en las que se lleva a cabo la implantación del embrión.

A mi juicio, la maternidad subrogada debería visualizarse como una forma de colaboración entre dos mujeres que se relacionan entre sí como personas concretas para llevar a cabo un proyecto parental. El procedimiento adecuado para encauzar esta ayuda podría ser mediante un organismo público de sustitución, cuyo concurso no sería necesario cuando la ayuda para la sustitución parcial la prestase una familiar de la mujer que no puede gestar. La gestante podría estar remunerada, pero sólo debería poder llevar a cabo un número muy limitado de sustituciones y deberían establecerse mecanismos que facilitasen la existencia de lazos afectivos entre la madre gestante y la criatura.

ii) Uno de los problemas que plantea la maternidad por sustitución, cuando se aborda desde una perspectiva contractual, es el de determinar cuál es el objeto del contrato. Es frecuente hablar de maternidad subrogada, maternidad por sustitución o maternidad de alquiler, por lo que parece que el objeto del mismo es el alquiler del útero de una mujer a cambio de una contraprestación económica.

Así entendido podría sostenerse que la prohibición de la maternidad por sustitución afectaría de forma distinta a la madre gestante y a la madre genética. Para la primera, la prohibición afectaría fundamentalmente al derecho al uso del propio

cuerpo, mientras que para la segunda restringiría su derecho a la autonomía reproductiva.

La limitación del derecho de la gestante al uso del propio cuerpo que la prohibición supone se fundamentaría, para algunas feministas contrarias a la maternidad por sustitución, en que ésta significa una instrumentalización del cuerpo femenino, de algún modo parecida a la que se da en la prostitución. Pero esta analogía pasa por alto algunas diferencias importantes.

En primer lugar, la admisión de la maternidad subrogada parcial no significa solamente que la gestante pueda disponer libremente de su cuerpo durante un periodo determinado. La madre sustituta se compromete, además, a entregar a la criatura que ha formado y a ceder sus derechos de maternidad, teniendo en cuenta que en la mayoría de legislaciones la filiación viene determinada por el parto. Precisamente, por este motivo se alega contra la maternidad por sustitución que ésta, más que un arrendamiento de servicios procreativos lo es de obra. Y a considerar, por ello, que la maternidad por sustitución es una forma de venta de niños que atentaría a la dignidad de éstos. Pero ello va demasiado lejos, puesto que olvida que el niño, en el caso de la subrogación parcial, es hijo de la madre biológica y que ha sido ella la que ha iniciado el procedimiento para poder tener descendencia.

En segundo lugar, a diferencia de la prostitución femenina, la maternidad subrogada parcial con óvulo de la comitente no tiene por qué verse como un instrumento al servicio de los hombres, sino como ampliación de los derechos reproductivos de la madre biológica —cuya capacidad de decisión no debe minusvalorarse, como hacen las autoras que afirman que el deseo de ser madre biológica responde básicamente a presiones de su pareja. Para ello, me parece oportuno dejar en un segundo plano el aspecto económico del acuerdo de sustitución, que no debería basarse fundamentalmente en el ánimo de lucro de la gestante, y enfatizar que la maternidad por sustitución parcial extiende los derechos reproductivos de las mujeres. De ahí mi propuesta de concebirla ante todo como un mecanismo de cooperación entre dos mujeres para poder llevar a cabo un proyecto de maternidad biológica.

iii) Este proceso compartido de maternidad no está, sin embargo, exento de dificultades. Durante el embarazo pueden plantearse conflictos entre la autonomía de la gestante y su deber de diligencia. Es discutible hasta qué punto la autonomía de la madre gestante pueda restringirse en relación con su forma de vida durante el embarazo más allá de las limitaciones que se consideran socialmente adecuadas, como abstenerse de fumar, tomar alcohol o drogas y llevar a cabo las visitas médicas ordinarias. También puede haber conflictos después del parto si la madre gestante se niega a entregar al bebé.

Con relación al periodo de gestación un problema difícil de resolver es el de la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso de la reproducción sexual normal

hemos sostenido que la decisión última sobre la interrupción voluntaria del embarazo debería corresponder a la madre gestante. Lo mismo ha de valer para los casos de TRA sin maternidad subrogada. Así, cuando la mujer gestante aporta óvulos propios, fecundados con semen de donante o de su pareja, para satisfacer un propio proyecto maternal o parental compartido, la decisión de interrumpir la gestación ha de recaer en ella. También debería ser así cuando la mujer gesta un óvulo donado, fecundado con el semen de su pareja, para satisfacer un proyecto parental compartido. En cambio, cuando se utilizan las TRA en casos de maternidad por sustitución, esta regla no parece tan evidente. Si la mujer gesta un óvulo procedente de otra mujer, fecundado con el semen de la pareja de ésta o ajeno, para satisfacer un proyecto maternal o parental de la mujer que ha aportado el óvulo, puede parecer más discutible que la decisión última corresponda a la gestante.

En este caso se dan algunas circunstancias específicas. En el aborto el conflicto se plantea normalmente entre el valor de la vida embrionaria y los derechos de la madre, pero en la maternidad por sustitución parcial hay que añadir el conflicto que puede darse entre la madre gestante y la madre comitente sobre si seguir adelante o no con el embarazo. Si lo que fundamenta el aborto voluntario es, como hemos señalado, el respeto de la autonomía reproductiva y no el derecho al propio cuerpo ni el derecho a la intimidad, lo más coherente sería en este caso que la decisión última se confiase a la madre comitente, excepto en el caso de que tal decisión –ya sea la de interrumpir el embarazo, ya sea la de continuarlo– ponga en peligro la vida o la salud de la embarazada.

Lo deseable sería que la interrupción del embarazo requiera el consentimiento de las dos mujeres implicadas. No puede desconocerse, sin embargo, que una interrupción del embarazo afecta derechos legítimos de la gestante, que ésta no puede imponerse en contra de su voluntad y que puede llevarla a cabo a espaldas de la madre comitente. Por ello es aconsejable que la regulación sobre la maternidad subrogada delimite los supuestos en los que cabe la interrupción del embarazo y las consecuencias de su incumplimiento. Es en el momento del acuerdo de sustitución cuando la gestante podría reservarse el derecho a negarse a la interrupción del embarazo. También es en dicho acuerdo donde, por el contrario, podrían ambas partes acordar que el embarazo se interrumpa cuando cualquiera de ellas no desee su continuación, dentro de los supuestos legales. Finalmente, cabe también acordar que la decisión de interrumpir el embarazo quede en manos de la madre comitente.

Si la gestante no acepta que la madre genética pueda decidir la interrupción del embarazo por cualquier circunstancia legalmente permitida, desde luego puede no aceptar la sustitución, pero puede también acordar con la madre comitente que, si ésta no desea proseguir el embarazo, pueda continuarlo la gestante asumiendo la maternidad de la criatura que nazca. Ello puede ser de aplicación cuando se detec-

tan, por ejemplo, malformaciones fetales que justificarían la interrupción voluntaria del embarazo para la madre genética pero no para la gestante: la discrepancia podría resolverse asumiendo la gestante la maternidad. En la medida en que la madre comitente ha sido la que ha implicado en un proyecto parental a otra persona, y el interés del menor ha de ser protegido, podría acordarse asimismo que en tal caso debiera contribuir al mantenimiento del bebé.

La maternidad por sustitución aunque supone una ampliación de los derechos reproductivos de las mujeres, plantea problemas complejos, más allá del de la interrupción voluntaria del embarazo. Para abordarlos de forma satisfactoria sería conveniente, como ya señalábamos, su regulación legal. Ésta debería incluir controles institucionales para decidir en caso de conflicto a favor de los intereses de las criaturas implicadas en los acuerdos.

Desde una perspectiva feminista, orientada a lo concreto y personal, sería necesario, sin embargo, un cambio de orientación en todo el ámbito de la reproducción asistida. Un óvulo es sólo un óvulo, aunque su extracción debería estar controlada para evitar donaciones poco informadas y abusivas. Un espermatozoide es sólo un espermatozoide. Pero cuando el resultado de la fecundación alcance entidad suficiente para hacerse preguntas razonables sobre sí mismo debería poder conocer, si quiere, de quién era el óvulo, de quién era el espermatozoide y de quién era el útero. Si abogamos por la vinculación y el cuidado y no por la separación y la indiferencia estas preguntas deben poder responderse. El objetivo no es obstaculizar las donaciones de óvulos, espermatozoides y embriones y con ello impedir la extensión de los derechos reproductivos. Se trata, simplemente, de acabar con el anonimato como mecanismo que sirve para encubrir las implicaciones no biológicas que subyacen al uso de las técnicas de reproducción asistida. Es probable que con ello descienda la afluencia de donantes y la actividad del mercado reproductivo, pero también que se eviten sus posibles externalidades a largo plazo.

BIBLIOGRAFIA

- Alkorta, I. (2003), *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi.
- Birke, L., S. Himmelweit y G. Vines (1992), *El niño del mañana. Tecnologías reproductoras en los años 90*, Barcelona, Ediciones Pomares Corredor.
- Dworkin, R. (1994), *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Ariel.
- Lora, P. de y M. Gascón (2008), *Bioética: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza.
- Miguel, I. de (2004), *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Granada, Comares.
- Farrell, M. D. (1985), *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Gilligan, C. (1985), *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, México, FCE.
- MacKinnon, C. (1987), *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press.
- _____ (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, Editorial Cátedra, Madrid.
- _____ (2005), *Women's Lives-Men's Laws*, Cambridge, Harvard University Press.
- Pateman, C. (1995), *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos.
- Pitch, T. (1998), *Un diritto per due*, Milán, Il Sagitario.
- Puigpelat F. (2001), "Feminismo y Maternidad por sustitución", en *Zona Franca*, 9/10, 121-127.
- _____ (2005), "Libertad y seguridad en un nuevo contrato social", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp 83-109.

- _____ (2008a), “Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética”, en H.C. Silveira (ed.), *El derecho ante la biotecnología*, Barcelona, Icaria, pp. 63-87.
- _____ (2008b), “Legislación. Diccionario. Embriones”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje al profesor Peces-Barba*, vol. III, Madrid, Dykinson, pp. 1017-1036.
- Shalev, C. (1992) *Nascere per contratto*, Milán, Dott. A Giufrè Editore.
- Singer, P. (1995), *Ética práctica*, Barcelona, Ariel.
- Thomson, J.J. (1983) “Una defensa del aborto”, en J. Finnis *et al.*, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra.
- Valcarcel, A. (2002), “El feminismo”, en J. Rubio-Carracedo, J.M^a Rosales y M. Toscano, *Retos pendientes en ética y política*, Madrid, Trotta.

LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES Y LA PERSPECTIVA ADVERSARIAL

*Adriana Ortega Ortiz*¹

Introducción

El derecho de las mujeres a la autonomía es particularmente controversial cuando se afirma que este derecho debe incluir la posibilidad de que las mujeres opten por una interrupción del embarazo. El debate sobre la legalidad de dicha práctica ha tenido un escenario particular en las cortes constitucionales de algunos países, incluido México: sea que éstas revisen las decisiones legislativas que optan por la despenalización parcial de la interrupción del embarazo o que revoquen decisiones legislativas que criminalizan la interrupción del embarazo. En ambos casos, las cortes constitucionales han reconocido que existe una tensión entre los derechos de las mujeres y la legítima pretensión del Estado de proteger la vida en gestación.

Aun en el caso de que las constituciones nacionales protejan el derecho a la vida desde la concepción, las determinaciones de los tribunales constitucionales de permitir o confirmar las decisiones legislativas que autorizan o facilitan la práctica del aborto en determinado periodo de la gestación o bajo circunstancias extremas se han basado, entre otras cosas, en el argumento de que ningún derecho es absoluto y que, por lo tanto, los conflictos de derechos o intereses deben decidirse mediante la ponderación. A este respecto, los ejercicios de ponderación de la mayoría de las cortes constitucionales que han enfrentado este dilema han favorecido

¹ Agradezco a Adriana Alfaro y a Regina Larrea su colaboración y apoyo en la elaboración del presente artículo.

los derechos de las mujeres a la libertad o autonomía, a la dignidad, a la integridad personal o a la seguridad personal y, en algunos casos, han introducido argumentos basados en la libre configuración legislativa.

Este artículo reflexiona sobre la importancia del derecho a la autonomía de las mujeres para sustentar la permisibilidad legal de la interrupción del embarazo, sin soslayar o restar pertinencia a los argumentos basados en otros derechos, y en la relevancia de la ponderación para resolver el dilema jurídico que la interrupción del embarazo supone.

I. El derecho a la autonomía

La autonomía de las mujeres

Si reconocemos que la autonomía individual es la capacidad de decidir conforme a la propia ley, a obedecer las consideraciones, deseos, condiciones y características que expresan nuestro ser auténtico, así como de elegir el plan de vida que se considere más valioso, tendremos que aceptar el valor de la autonomía, justo en la medida en que nos libera de la opresión de autoconstruirnos en virtud de las consideraciones, deseos y condiciones impuestas por otros. Sin embargo, sabemos que es lícito para la comunidad, en algunas ocasiones representada por el Estado, imponer ciertos límites a esta producción “espontánea” de autonomías individuales en aras de garantizar el sostenimiento de una convivencia razonable entre sus integrantes.

Lo que corresponde, entonces, es delimitar el grado de intervención de la comunidad o el Estado que soporta la autonomía individual, en cada caso, sin quedar anulada en aras de garantizar una convivencia razonable entre sus integrantes o de conservar valores que conforman una determinada comunidad de juicio y sustentan la vigencia de una cierta sociedad. Precisamente porque las discusiones jurídicas respecto a la autonomía cobran vigencia plena en el régimen constitucional de derecho, cuya construcción obedece a la tradición liberal —y dado que quien esto escribe participa, sin duda, de esa comunidad de juicio—, abordaré el tema fundamentalmente desde esta perspectiva, entendiendo la autonomía como una especie de inmunidad frente a las interferencias ajenas² expresadas por medio del Estado, reproduciendo, incluso, las definiciones que respecto de este derecho han introducido algunas cortes constitucionales. Por otra parte, no desconozco, aunque sólo sea para reconfigurar mis conclusiones, otros entendimientos respecto a la auto-

² Desde mi punto de vista, no constituyen injerencias ajenas, aquellas expresiones de la identidad colectiva, que dan sentido y contexto a las decisiones individuales.

nomía que, sin embargo, tal como lo expresa Jennifer Nedelsky,³ no pueden abandonar la libertad como valor y, por ende, el reconocimiento de la capacidad humana para construir su propio ser y su vida.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-355/06, relativa a la inconstitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, considera a la autonomía, relacionándola íntimamente con la dignidad –esto es, el derecho a que se nos reconozca la categoría de persona humana–, como la capacidad para diseñarse un plan de vida y determinarse de acuerdo con él (vivir como se quiere).⁴

Desde esta perspectiva, cualquier interferencia indebida o excesiva del Estado o de otros agentes en el diseño de este plan de vida configuraría una ofensa de la dignidad, al “arrebatar [a la persona] su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.⁵

Si partimos de esta concepción de autonomía, identificaremos dos importantes componentes: a) el reconocimiento de que existen ciertas decisiones que sólo competen a la persona respecto de sí misma, y b) la aseveración de que estas decisiones deben estar libres de interferencia estatal o de otras interferencias auspiciadas o legitimadas indebidamente por el orden jurídico.⁶ La pregunta es, entonces, si la decisión de interrumpir un embarazo corresponde a este ámbito privilegiado de decisiones, por un lado, por el otro, qué puede considerarse como una intervención estatal indebida a este respecto.

Para quienes se oponen tajantemente a la interrupción del embarazo, el aborto no está contenido en el ámbito privilegiado en el que las mujeres pueden autó-

³ “Ni las feministas [relacionistas] ni los comunitaristas están preparados para abandonar la libertad como valor y, por lo tanto, el reconocimiento de la capacidad humana para construir su propio ser y su vida”, Jennifer Nedelsky, “Reconceiving autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities” en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol 1, 7, 1989, p. 8 (la traducción es mía).

⁴ Sentencia C-355/06, pp. 246-650

⁵ *Ibid.*, pp. 247-650.

⁶ Al utilizar la frase “auspiciadas o legitimadas por el orden jurídico”, he querido hacerme cargo de las críticas expresadas contra el concepto liberal de autonomía por los comunitaristas como Michael Sandel, y feministas relacionistas como Jennifer Nedelsky, las cuales comparto hasta cierto punto. Desde mi punto de vista, es innegable que las personas formamos parte de comunidades o grupos que forjan nuestra identidad y que expresamos nuestras decisiones en ciertos contextos de los que no podemos escindirnos al ser parte nuestra configuración. Las relaciones de interdependencia determinan lo que hacemos, qué nos gusta, nuestras consideraciones acerca de lo bueno y, por lo tanto, dan contenido a nuestras decisiones. Aceptar esta realidad, sin embargo, no elimina el hecho que nuestras decisiones deben estar protegidas por el orden jurídico en ciertos temas que pueden representar tensiones entre la persona y su comunidad, o entre la persona y aquellas a quienes está ligada. Finalmente, la permisón legal de algo no determina forzosamente que lo asumamos. En todo caso, el concepto de autonomía suscrito por la ley debiera, en mi opinión, flexibilizarse para reconocer la diversidad en que la identidad de las personas puede expresarse.

nomamente actuar, pues el embrión o feto –o incluso un cigoto– es un sujeto autónomo, a quien no solamente son atribuibles derechos, sino que éstos prevalecen sobre diversos derechos de las mujeres. Para quienes sostienen una posición moderada, es permisible cierta intervención estatal, restringiendo los supuestos de permisión para dicha práctica en mayor o menor grado, los cuales darían un menor o mayor espacio a la decisión autónoma⁷ de las mujeres, atendiendo a las circunstancias en que inicia o transcurre el embarazo (régimen de indicaciones)⁸ o al estado del proceso de gestación (límites gestacionales). Estas posturas son representativas del debate social y académico en torno al tema y, a su vez, prefiguran las distintas soluciones que las cortes constitucionales han adoptado para resolverlo, hayan otorgado o no un peso específico a la autonomía de las mujeres en sus ejercicios de ponderación.⁹

Con el propósito de asignar un peso específico a la decisión autónoma de la mujer, convendría argumentar de qué manera la decisión respecto a la interrupción del embarazo está incluida en un ámbito de decisiones privilegiado en el cual las interferencias deben ser mínimas. Con independencia de la postura que se adopte, es necesario, de inicio, comprender el carácter único –en el sentido estricto de la palabra– del proceso de gestación. En palabras de Tamar Pitch,¹⁰ la mujer es una y dos a la vez durante dicho proceso. En principio, este carácter impediría lógicamente pensar que pueden adoptarse esquemas de colisión de derechos o intereses idénticos a los que se adoptarían entre individuos cuyo espacio vital está claramente delimitado por la separación física. Este esquema ha llevado el debate social en torno al aborto al cuerpo de la mujer –lo cual no es forzosamente inadmisibles, por las razones que expondré más adelante–; ha resultado útil para resolver

⁷ Al adoptar el término “decisiones autónomas”, no supongo que una decisión es, o debiera ser, forzosa e indefectiblemente la expresión de una esfera individual librada de toda contingencia, como lo supone el liberalismo contractual, y recojo, por el contrario, la importancia del contexto y las relaciones en la producción de una decisión que, en todo caso, será acogida por el orden jurídico.

⁸ Supuestos de licitud o excluyentes de responsabilidad penal como la violación, el peligro de muerte, el riesgo de salud, las circunstancias económicas, la enfermedad fetal y la inseminación artificial no consentida.

⁹ Destacan, por su énfasis en la autonomía de las mujeres, la resolución del Consejo Constitucional Francés de 1975 y la sentencia *Roe v. Wade* de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Estudios interesantes sobre autonomía pueden encontrarse, igualmente, en la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia y en el voto minoritario concurrente del ministro Wilson en el caso *Morgentaler*, resuelto, en 1985, por la Suprema Corte de Justicia de Canadá, igualmente en los votos minoritarios concurrentes de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México: Sergio Valls Hernández, Genaro Góngora Pimentel, Juan N. Silva Meza y de la ministra Olga Sánchez Cordero, en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Dan preeminencia a los derechos a la salud, la integridad personal, a la seguridad personal y la dignidad de las mujeres los tribunales constitucionales de Canadá, Alemania, Portugal y España.

¹⁰ Tamar Pitch “El aborto”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, p. 358.

el dilema legal respecto al aborto, y en cierto sentido, reconoce la realidad de que la mujer puede válidamente no aceptar lo que sucede en su cuerpo y tener, frente al embarazo, una reacción antagónica.

Ahora bien, más allá de las reacciones antagónicas que la mujer puede tener frente al embarazo, lo cierto es que la solución que la mujer adopte “pasará”, sin duda, por su cuerpo, por la relación más íntima –en la acepción de cercana– posible, aun cuando en ella puedan intervenir significados externos. El ámbito de nuestro cuerpo es el lugar de interpretación de nuestra identidad misma y, por ende, debería representar en los hechos nuestra mayor esfera de inmunidad, pues constituye, a su vez, nuestra mayor esfera de vulnerabilidad, precisamente porque lo que se haga con él nos afecta de la manera más directa. Aun aceptando que las reivindicaciones basadas en el derecho de propiedad y concentradas en la expresión “este cuerpo es mío” son, de cierta manera, inadecuadas para argumentar a favor de la despenalización del aborto, porque justo el carácter único de ser dos y una a la vez impide suponer que el embrión o feto equivalen estrictamente al apéndice de la mujer, sigue siendo cierto que el cuerpo, sea que se le reivindique como posesión o no, es parte innegable de quienes somos. El cuerpo puede ser o no ser nuestro,¹¹ pero innegablemente somos nuestro cuerpo. Si alguien que me viera pasar por la calle dijera “Hey, miren, ahí va caminando el cuerpo de Adriana”, la afirmación sonaría bastante extraña; lo convencional es decir: “Hey, miren, ahí va caminando Adriana”. En todo caso, lo que representa mi presencia en la calle es mi cuerpo.

El cuerpo puede o no pertenecernos, pero lo cierto es que la aspiración de que, como recinto de nuestra identidad, en él se expresen nuestras decisiones libres de interferencias indebidas, es legítima. Si bien la mujer no es, en sentido estricto, “dueña” del embrión o feto, por cuanto fruto de su cuerpo, el embarazo, como proceso biológico, sí ocurre en ese recinto de identidad, en esa esfera de intimidad profunda, y, en este sentido, las decisiones que las mujeres tomasen respecto de lo que “pasa en su cuerpo”, serían decisiones contenidas en el ámbito de privilegio protegido por la autonomía. Sostener lo contrario nos conduciría a suponer que la naturaleza única del proceso de reproducción humana puede lícitamente implicar que el cuerpo de la mujer es expropiable e, incluso, cosificable –como si ella y su mundo de relaciones dejaran de existir– para servir a los intereses de otros: la colectividad, el Estado, los padres, las parejas, los profesionales de la medicina, etc. Quienes sustentan que la intervención estatal debe ser llevada al extremo de prohibir el aborto en toda circunstancia o que las mujeres deberán justificar sus deci-

¹¹ El liberalismo, desde Locke, ha tendido a considerar el cuerpo como propiedad. Susan Okin, en su libro *Justice, Gender and the Family*, critica esta aproximación al tema de la interrupción del embarazo.

siones en etapas tempranas del embarazo, sí ejercen, o pretender ejercer, sobre el cuerpo de las mujeres, dada su diferencia reproductiva, los atributos de la propiedad,¹² reduciéndolas a incubadoras carentes de deseos, sensaciones, confusiones, aspiraciones, construcciones personales y planes de vida. Todo lo anterior, en aras de un interés que, al menos en etapas tempranas del embarazo, es contingente y precario. Este grado de intervención –afectación– es insostenible, en la medida en que nulifica la presencia de la mujer como sujeto, niega su identidad y cancela su posibilidad de definir su plan de vida. Puesto que el Estado no puede ejercer tutela alguna sobre la vida del producto de la concepción sin disponer del cuerpo de la mujer,¹³ y dado que, si bien el embrión o feto no “integran” el cuerpo de la mujer, su desarrollo y supervivencia son imposibles o impensables sin él –lo que obviamente no ocurre en el caso inverso–, las decisiones respecto de la interrupción del embarazo estarían protegidas por el margen normativo del derecho a la autonomía, reduciendo, por tanto, las intervenciones estatales aceptables.

Reconocer jurídicamente que la decisión respecto a la interrupción del embarazo corresponde a la mujer no excluye el dilema ético personal, ni el hecho de que la mujer toma estas decisiones en contexto; lo que sí excluye es que estas razones deban ser justificadas legalmente. En este sentido, el respeto a la autonomía frente a la decisión de interrumpir un embarazo estaría basado en la relación de la mujer con su cuerpo y en el hecho de que el proceso de gestación sólo puede llevarse a cabo en un cuerpo de mujer. Debido a este carácter único de la reproducción humana, seguiría, en todo caso, definir legalmente los supuestos de colisión con otros derechos a favor del embrión o feto –en la medida que sus posibilidades autónomas crecen– y que el Estado puede aspirar a proteger sin anular el derecho a la autonomía de la mujer. Sería jurídicamente aceptable, de alguna manera, que el Estado optara por la modulación de la protección legal a la autonomía de la mujer, aumentando el umbral de la justificación necesaria para sus decisiones respecto a la interrupción del embarazo conforme el proceso de gestación avanza, por ejemplo.

Sustentar la legislación permisiva sobre el aborto en la autonomía de las mujeres tiene la ventaja de “contener” en la norma jurídica –en una especie de hermenéutica gadameriana–¹⁴ los diferentes significados que la maternidad y el embarazo tienen en particulares circunstancias para cada una, reconociendo así la

¹² Alejandro Madrazo Lajous, *Taller*, 24 de noviembre 2009.

¹³ Aún en las técnicas de reproducción asistida, esta realidad es irremontable. Diferentes soluciones jurídicas pueden ser adoptadas cuando los embriones no han sido implantados. La pertinencia de estas soluciones jurídicas no es, por cierto, el tema del presente artículo.

¹⁴ Gadamer en “La actualidad de lo bello en el arte” argumenta a favor de las interpretaciones pertinentes de la obra artística y considera que las múltiples interpretaciones provocadas por la obra están contenidas en ella desde el momento en que emerge. Reconocer que la decisión respecto de la inte-

agencia moral de las mujeres para evaluar esas circunstancias y tomar una decisión “buena”,¹⁵ a partir de la consideración de sus intereses y los de la comunidad (si es que aceptáramos que se puede reivindicar un interés colectivo en la continuación de un embarazo).

La autonomía de las mujeres y su relación con otros derechos

Ahora bien, los argumentos basados en la autonomía de la mujer, en su relación con el derecho a la privacidad, han sido problematizados por cuanto a su capacidad para sustentar la exigencia de garantizar servicios de aborto seguro a cargo del Estado, suponiendo incorrectamente, desde mi punto de vista,¹⁶ que estos dos derechos implican para él sólo obligaciones de “no hacer” y eliminan su obligación de proveer condiciones de ejercicio. Esta postura es evidentemente contradicha por la doctrina de los derechos humanos que sostiene que todos los derechos implican obligaciones positivas a cargo de los Estados.

Esta comprensión de la autonomía permite, entonces, sostener que apelar a ella no excluye los argumentos basados en el derecho a la salud de la mujer ni en la igualdad de las mujeres frente a los hombres y frente a otras mujeres, sino que los completa.

Respecto del derecho a la salud, la obligación del Estado de proveer acceso razonable y equitativo a servicios seguros de interrupción de embarazo se basaría, por ejemplo, en la necesidad de evitar que las decisiones autónomas de las mujeres afecten adversamente su salud, colocando en riesgo su bienestar físico, mental o social, como resultado de la práctica inadecuada o peligrosa de un aborto. El argumento basado en la salud de la mujer parece, incluso, adecuado para adoptar límites gestacionales en la permisión legal del aborto.¹⁷

En términos de igualdad de las mujeres entre sí, resultaría inadmisibles que las opciones jurídicas tomadas por el Estado propiciaran que diferentes mujeres, según su situación socioeconómica, su edad o su estado civil, estén en una mayor aptitud para tomar decisiones autónomas y, por tanto, menos sujetas a la intervención estatal, y que las consecuencias físicas o emocionales de estas decisiones

rrupción del embarazo corresponde a las mujeres, colocaría bajo el ámbito de protección de la norma jurídica todas las interpretaciones de las mujeres en torno a la propia maternidad.

¹⁵ Ruth Hursthouse, “Virtue Theory and Abortion” en Roger Crisp y Michael Slote (comps.), *Virtue Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 217-238.

¹⁶ Basado en Jean Cohen, ampliando el significado y alcance de la sentencia *Roe v. Wade*, citada y criticada por Tamar Pitch, “El aborto”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, pp.365-373.

¹⁷ Así lo argumentó el Ministerio de Salud francés, al proponer la legalización del aborto hasta la décima semana de gestación en 1975.

fueran más adversas para unas respecto de otras, pues esto constituiría discriminación por edad, razones socioeconómicas o estado civil.

En materia de igualdad de las mujeres frente a los hombres, no pueden soslayarse, por un lado, las condiciones reales de ejercicio de la autonomía de las mujeres en cuanto a sus decisiones reproductivas respecto de los hombres, surgidas de las relaciones de subordinación entre los géneros, como por ejemplo: la construcción social de estereotipos en torno a la maternidad como actividad de máxima abnegación o sacrificio, la cual impone a las mujeres postergaciones que no necesariamente demanda de la paternidad; la capacidad de las mujeres de negociar efectivamente el inicio de las relaciones sexuales y la utilización de métodos anti-conceptivos; las consecuencias diferenciadas de la violencia sexual, y el acceso oportuno a servicios de salud reproductiva. Por otro lado, tampoco puede soslayarse que, aun cuando las condiciones antes mencionadas cambien, persiste la diferencia sexual que posibilita a los hombres a poner distancia física del embarazo que no desean,¹⁸ cuestión que a las mujeres les es imposible. La igualdad demandaría, entonces, reconocer esta diferencia y aceptar, como una medida necesaria para igualar a las mujeres en cuanto al ejercicio de su derecho a la autonomía, la posibilidad de la interrupción de un embarazo.

II. La ponderación en el escenario de la interrupción del embarazo

Sea que el interés del Estado en proteger la vida en gestación se exprese en la protección de la vida desde el momento de la concepción en el texto constitucional o en el reconocimiento explícito de las cortes constitucionales, como en Alemania,¹⁹ o bien en el reconocimiento del embrión o feto como un bien jurídicamente relevante, como en el caso de las decisiones de los tribunales constitucionales de Colombia, Francia, España y Estados Unidos; entre otros, estas considera-

¹⁸ Cierto es que paulatinamente los avances tecnológicos han implicado que la paternidad y las obligaciones derivadas de ésta resulten menos elusivas; sin embargo, estas determinaciones jurídicas no destruyen el hecho de que el embarazo, hasta ahora, no ocurre en un cuerpo de hombre. Ni siquiera en el caso de quien manifiesta una identidad masculina habiendo nacido como mujer, pues esto sólo es posible en la medida que el cuerpo de mujer no desaparece completamente de la configuración física de quien manifiesta esta identidad masculina.

¹⁹ Intervención de Terceros, preparada por el Centro de Derechos Reproductivos y la Comisión Internacional de Juristas presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (referencia: coayudancia a la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 34: “Aunque la ley permite el aborto sin restricciones en cuanto a las razones, el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado, durante tres décadas, que el feto tiene un derecho constitucional a la vida y ha declarado que el Estado tiene el deber de proteger la vida fetal”.

ciones no excluyen *a priori*²⁰ la posibilidad de que este reconocimiento, tal como lo demuestran las decisiones adoptadas por dichas cortes, conviva con la adopción de una legislación permisiva en materia de interrupción de embarazo. Esto ha ocurrido bajo el esquema de la ponderación de derechos o intereses en colisión; es decir, con la adopción de una perspectiva adversarial, donde los derechos de las mujeres y el interés del Estado en proteger la vida en gestación compiten por la preeminencia jurídica.

La necesidad de la ponderación como técnica jurídica descansa en la consideración, surgida de la doctrina constitucional y de la doctrina internacional de los derechos humanos, respecto a la idéntica importancia –jerarquía– de los derechos protegidos por las constituciones o por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en la posibilidad fáctica de que los derechos o intereses de uno pueden entrar en conflicto con los derechos o intereses de otro; así, otorgar preeminencia absoluta²¹ e incondicional a un derecho, sin evaluar el eventual escenario de colisión con otro u otros, equivaldría a desproteger injustamente al resto de los derechos y privarlos de eficacia normativa. Corresponde, entonces, al legislador y al intérprete constitucional –dados los diversos arreglos constitucionales– decidir, bajo criterios de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad, qué derecho prevalece en cada circunstancia. En este sentido, los ejercicios de ponderación están llamados igualmente a determinar cuánto puede afectarse un derecho para potenciar la eficacia normativa de otro, sin privar de la misma al primero. Si bien los ejercicios de ponderación encuentran su mejor expresión en la casuística, lo cierto es que, por medio de la técnica de interpretación constitucional, esta práctica se ha extendido para establecer resoluciones o supuestos de carácter general en una suerte de mínimo normativo.

Si reconocemos que el Estado puede reivindicar un interés legítimo en la vida en gestación o que puede invocarse un derecho a la vida a favor del embrión o feto, seguiría establecer qué tanta afectación es aceptable sobre los derechos de la mujer para potenciar la eficacia normativa de este interés o derecho –según se reconozca por cada sistema–, cuando ambos intereses o derechos colisionan en el ámbito de la persecución penal de la interrupción del embarazo. Sabemos que la protección constitucional de un derecho condiciona el accionar del Estado fren-

²⁰ No escapa para quien esto escribe la redacción de algunas constituciones locales que explícitamente restringen la permisión legal del aborto a supuestos específicos. Esta redacción puede resultar problemática si se pretende ampliar el régimen de indicaciones, aunque no lo es tanto si la pretensión es lograr la reglamentación de los supuestos de permisión incluidos expresamente en el texto constitucional.

²¹ Debe anotarse la excepción del derecho a estar libre de tortura o de tratos crueles inhumanos degradantes, el cual, por su propia naturaleza, no admite excepción ni relativización, aun cuando la excepción estuviera contenida en una norma jurídica.

te a él, incluyendo la delimitación de obligaciones específicas a su cargo. Por otra parte, su reconocimiento constitucional no implica, en primer término, su consagración como presupuesto absoluto ni, en segundo término, que su protección efectiva quede reducida a la penalización de las conductas que atentan contra él, o que esta penalización sea obligatoria para expresar esa protección de forma adecuada. Más bien, el Estado está obligado a garantizar, con la diversidad de recursos legalmente permisibles a su alcance, las condiciones necesarias para que ese derecho sea efectivamente ejercido.

Al reivindicar un interés sobre la vida en gestación, el Estado debe admitir *prima facie* que la ficción jurídica en que descansa la perspectiva adversarial —esto es, la construcción del embrión o feto como sujeto plenamente independiente de la mujer que lo gesta— no tiene correspondencia exacta en la vida real. Por lo tanto, sus principales esfuerzos para dotar de protección efectiva a la vida en gestación deberán encaminarse a proteger efectivamente los derechos de las mujeres; por ejemplo, asegurando atención prenatal a todas las mujeres bajo su jurisdicción; adoptando medidas efectivas de compatibilidad de la maternidad-paternidad con los intereses laborales y educativos; abatiendo la mortalidad materna o garantizando a las mujeres igualdad de acceso a oportunidades educativas y laborales.²²

Penalizar el aborto en toda circunstancia, como consecuencia del reconocimiento de un derecho del embrión o feto a la vida, o de un interés del Estado en su preservación, no sólo no parece una estrategia de protección efectiva, sino que otorga carácter absoluto a un derecho o interés sobre otro, generando para la autonomía de la mujer, y otros derechos implicados, una afectación desproporcionada que, en el escenario específico de la penalización de la interrupción del embarazo, los priva de toda eficacia normativa. En lisas y llanas palabras, la penalización absoluta del aborto implica que la decisión autónoma de la mujer respecto de lo que ocurre en su cuerpo no tendría posibilidad alguna de aspirar a validación o protección jurídica por parte del Estado.

Sin embargo, el Estado puede optar por esquemas de modulación gradual de la autonomía de la mujer y de los derechos o intereses que asigna al embrión o feto, requiriendo a la mujer una mayor justificación de sus decisiones conforme el embarazo avanza, con la intención de proveer a la protección del interés del Estado en la vida en gestación de eficacia normativa. Este esquema parece, hasta el momento, jurídicamente adecuado en la medida que favorece el derecho a decidir de la mujer y lo equilibra con los derechos adjudicados al embrión o feto, o bien con los intereses en su conservación reivindicados por el Estado, adoptando esquemas de ponderación que inclinan la balanza hacia uno u otro lado dependiendo del estadio del

²² Rebecca J. Cook *et al.*, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2ª ed., trad. Adriana de la Espriella, Colombia, Profamilia, 2005.

embarazo. Además, tiene la virtud de corresponder a la “comunidad de juicio”, o sentido común, de que el proceso de gestación tiende a culminar con el nacimiento de una persona individual. Este esquema de ponderación gradualista reconoce plenamente la realidad biológica del embarazo, el carácter de sujeto autónomo de la mujer y la autonomía que, de completarse el proceso, desarrollará el embrión o feto.

En este sentido, pareciera razonable y proporcional permitir el aborto durante el primer trimestre del embarazo sin restricciones en cuanto a la razón, bajo el entendido de que la autonomía de la mujer prevalecería “incondicionalmente” frente al embrión en esta etapa del embarazo, donde las capacidades de vida autónoma del mismo son totalmente nulas. A partir de ese momento, el Estado podría demandar de la mujer un grado de justificación mayor para sus decisiones autónomas, acudiendo a supuestos de permisión que reflejen normativamente circunstancias extremas. Sin embargo, los requerimientos al respecto de estas justificaciones tampoco deben ser excesivos de manera tal que priven de eficacia normativa a los derechos de las mujeres implicados en estas circunstancias extremas, restringiendo desproporcionadamente su ejercicio.²³

Ahora bien, la adopción del esquema gradualista exigiría del Estado algunas acciones concretas que darían sustento y eficacia normativa a la autonomía de la mujer, mientras se le imponen límites. Es decir, si permite el aborto en el primer trimestre del embarazo sin restricciones en cuanto a las razones, es preciso que garantice el acceso oportuno a una interrupción del embarazo en esta etapa, para evitar que la mujer transite al siguiente estadio en donde exige un umbral de justificación mayor para sus decisiones. Si prohíbe el aborto durante el tercer trimestre del embarazo, además de conservar un régimen de indicaciones para circunstancias extremas con el propósito de evitar la imposición de cargas desproporcionadas sobre la mujer, debe garantizar que las mujeres puedan seguir produciendo decisiones autónomas respecto al ejercicio de la maternidad, mejorando, por ejemplo, las regulaciones estatales sobre adopción.

La perspectiva adversarial tiene, sin duda, resonancia con el lenguaje de los derechos y da presencia a los dos extremos (por llamarlos de algún modo) del debate sobre la interrupción del embarazo, lo cual es propio de la deliberación democrática que debe tener lugar en el ámbito de los poderes públicos que pretenden construir legitimidad. Quizás ésta sea la razón por la cual ha sido adoptada tanto por los poderes legislativos, o por los tribunales constitucionales que despenalizan el

²³ Para diversos estudios de cómo las cargas desproporcionadas inciden en los ejercicios de ponderación véase la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1985, la del Tribunal Constitucional alemán de 1993 y las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*.

aborto o que confirman las decisiones legislativas a este respecto, quienes han resuelto la controversia bajo el esquema de la ponderación entre derechos o intereses en conflicto. En este punto, debe anotarse, sin embargo, el hecho de que esta perspectiva traslada el debate público sobre el aborto al interior del cuerpo de la mujer, por así decirlo, convirtiéndolo en el centro de la conciliación de las distintas posturas presentes en este debate. Este traslado es cualitativamente distinto del intercambio entre pares (entre sujetos autónomos) que supone la democracia deliberativa.

Por otra parte, la adopción sería de la perspectiva adversarial debe eliminar el peligro de que la reivindicación de los derechos o intereses asociados al embrión o feto desdibuje la protección debida a la autonomía de la mujer. Lo anterior, porque construir al óvulo fecundado, embrión o feto como sujeto autónomo oponible a la mujer que lo gesta, no debe ser tal que incline indefectiblemente la balanza en favor suyo, penalizando la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia, incluido el hecho de que el embarazo ponga en peligro la vida de la mujer, o prohibiendo o haciendo inaccesible cualquier medio de anticoncepción postcoital por sus potenciales efectos en la implantación de un óvulo fecundado. Esta inclinación resultaría jurídicamente inadecuada no sólo por lo que se ha argumentado en términos de eficacia normativa de los derechos, sino porque, desconociendo la naturaleza simbiótica de la relación de la mujer con el cigoto, embrión o feto que reside en su cuerpo, se impondrían a la mujer diversas cargas desproporcionadas,²⁴ por el hecho de contar con una potencia única no compartida con el hombre;²⁵ o se le exigiría, mediante el poder punitivo del Estado, conductas heroicas, asegurando al Estado una intervención inaceptable en la relación íntima de la mujer con su cuerpo. Más aún, si se considera que lo anterior sería en aras de proteger un derecho a la vida cuya titularidad plena es contingente, suponiendo que el Estado está en capacidad real –remontando la ficción jurídica en que descansa la perspectiva adversarial– de “separar” al cigoto, embrión o feto del cuerpo en que reside y asegurarle una protección allende de la protección que el Estado podría lograr por medio de la mujer embarazada.

III. La colisión de derechos y la libre configuración legislativa

Tanto la sentencia de México²⁶ como la de Colombia, dictadas sobre el tema mencionan y reconocen, a favor del legislador, la facultad de libre configuración le-

²⁴ *Idem*.

²⁵ Luigi Ferrajoli y Miguel Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, p. 21.

²⁶ Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

gislativa en materia penal. En el caso de Colombia, la decisión legislativa sometida a revisión constitucional consistía en la criminalización total del aborto. Por lo que respecta a México, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal optó por la despenalización del aborto durante el primer trimestre del embarazo y esta decisión fue sometida a revisión constitucional.

Ambos tribunales constitucionales establecieron que las decisiones que, en materia penal, toma el legislador están sujetas a escrutinio constitucional y encuentran su límite en los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. La libre configuración legislativa opera, entonces, como una especie de presunción de legitimidad asociada a un cuerpo electo democráticamente para tomar decisiones respecto de quienes lo eligieron. Sin embargo, sus decisiones quedan siempre sujetas al mecanismo contra-mayoritario del control constitucional de acuerdo con las normas establecidas para que dicho control se ejerza. Algunas veces, este control les dará la razón; otras, rechazará, por inconstitucionales, las determinaciones tomadas por el legislador.

En el caso de Colombia, la Corte describe exhaustivamente cuáles derechos son oponibles como límites a la decisión legislativa de criminalizar dicha práctica, por verse afectados por la criminalización absoluta. Una vez hecho el análisis, opta por revocar parcialmente la decisión previa del legislador e introducir supuestos de permisión para el delito de aborto, bajo el esquema de ponderación de derechos y bienes jurídicamente relevantes en conflicto.

En el caso mexicano, la sentencia aprobada por la mayoría señala que el ejercicio de ponderación realizado por el legislador aprueba el escrutinio constitucional y confirma la decisión de la Asamblea Legislativa de despenalizar el aborto en el primer trimestre del embarazo, al considerar que éste era el escenario de mayor protección –menor afectación– de los derechos de la mujer:²⁷

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, [...] su vida (p. 183).

En ambos casos quedó establecido con toda claridad que la protección constitucional de un bien jurídicamente relevante (derecho, para los votos minoritarios concurrentes de los ministros Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González-Salas y la ministra Olga Sánchez Cordero de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) no impone sobre el Estado la obligación constitucional de recurrir a su

²⁷ *Ibid*, pp.181-183.

poder punitivo para criminalizar las conductas que atenten contra él. En el caso particular de México se insistió, además, en que no existía mandato constitucional explícito para penalizar el aborto, como sí existía respecto de conductas como el abuso de autoridad, por ejemplo.

En mi opinión, es importante retener el sentido completo de las sentencias referidas, en especial la sentencia mexicana, y el contexto en el cual aluden a la libertad de configuración del legislador en materia penal (más allá de otras críticas que podrían hacerse a la resolución y que no han sido abordadas en el presente artículo), para evitar una interpretación inexacta respecto de la libre configuración legislativa reconocida en la sentencia. Es decir, la interpretación que sostiene que dicho reconocimiento entrega al legislador una libertad ilimitada para decidir, en forma casi arbitraria, qué conductas penalizar y hasta qué grado. Esta libertad, como ya ha sido expuesto, debe encontrar su límite en los derechos fundamentales, de tal forma que las decisiones legislativas adoptadas pueden o no “aprobar” el escrutinio constitucional.

Conclusiones

En primer término, ha quedado claro el papel que tiene la autonomía de la mujer en la decisión respecto a la interrupción del embarazo y la importancia de hacerlo participar en el debate jurídico sobre la permisión legal del aborto. La identidad de la mujer se expresa en su cuerpo, por lo tanto la aspiración de que éste refleje sus decisiones respecto de lo que ocurre en él, es legítima y debe ser reconocida y protegida por el orden jurídico. Por otro lado, la realidad biológica del embarazo no es suficiente para justificar la “expropiación del cuerpo de la mujer” y provocar la desaparición de ésta como sujeto, reduciéndola a incubadora carente de deseos, sensaciones, confusiones, aspiraciones, planes de vida y construcciones personales. En este sentido, se ha argumentado que la decisión respecto a la interrupción del embarazo integra el ámbito de decisiones privilegiado que está protegido por el contenido normativo del derecho a la autonomía.

Dado que la tensión entre el derecho a la autonomía de la mujer y la construcción del embrión o feto como sujeto independiente de la mujer que lo gesta –asignándole el derecho a la vida o reivindicando un interés estatal en su conservación–, persiste y representa el debate social en torno al aborto, los tribunales constitucionales y los poderes legislativos –en tanto espacios públicos de deliberación democrática– han enfrentado ese dilema y conciliado las distintas posturas recurriendo a la ponderación de intereses o derechos en conflicto, adoptando, con ello, una perspectiva adversarial.

A pesar de las críticas a la perspectiva adversarial, esta aproximación parece, hasta el momento, jurídicamente adecuada, pues, dada su resonancia con el lenguaje de los derechos, ha permitido la visibilidad de los derechos de las mujeres comprometidos por la continuación forzada de un embarazo y ha sustentado distintas resoluciones favorables a propósito de la legalidad del aborto, basadas en esquemas “gradualistas”.

La pertinencia de los esquemas gradualistas estriba en que reconocen la realidad biológica del embarazo, el carácter de sujeto autónomo de la mujer y la autonomía que, de completarse el proceso, desarrollará el embrión o feto.

Por otra parte, la protección jurídica de la vida del producto de la concepción –ya sea en forma de interés estatal o derecho– no obliga al Estado a expresar esta tutela penalizando la interrupción voluntaria del embarazo en todo momento, más bien lo obliga a emprender acciones concretas encaminadas a proteger y garantizar efectivamente el derecho a la salud y a la integridad personal de las mujeres embarazadas.

Por lo que hace a la facultad del legislador de decidir libremente qué conductas penalizar y hasta qué grado, es preciso retener el sentido de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que confirma la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de despenalizar el aborto ocurrido en el primer trimestre del embarazo a este respecto. Esta decisión deja claro que dicha libertad encuentra su límite en el escrutinio constitucional y en los derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

Sin embargo, un punto crítico de nuestro sistema jurídico sigue siendo el acceso limitado que las personas tienen a los mecanismos de control constitucional de las decisiones mayoritarias en México y los restringidos efectos de estos mecanismos cuando son accesibles a cualquier persona. Al respecto, es conveniente recordar que la despenalización parcial del aborto fue posible en Colombia merced al impulso procesal de una sola persona, quien, a pesar de no encontrarse en el supuesto jurídico contenido en la norma, encontró, según la legislación de su país, legitimación activa para comparecer ante la Corte Constitucional y someter a revisión una ley cuya vigencia alcanzaba los 6 años.

BIBLIOGRAFÍA

- Cook, Rebecca J. y Simone Cusack, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- Cook, Rebecca J. et al., *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2ª ed., trad. Adrian de la Espriella, Bogotá, Pro-familia, 2005.
- Deller Ross, Susan, *Women's Human Rights. The International Comparative Law Casebook*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008.
- Eser, Albin y Hans-Georg Koch, *Abortion and the Law. From International Comparison to Legal Policy*, trad. Emily Silverman, La Haya, TMC Asser Press, 2005.
- Ferrajoli, Luigi y Miguel Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006.
- Hursthouse, Ruth, "Virtue Theory and Abortion" en Roger Crisp y Michael Slote (comps.), *Virtue Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 217-238.
- McBride Stetson, Dorothy (ed.), *Abortion Politics, Women's Movements, and the Democratic State. A Comparative Study of State Feminism*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- Moller Okin, Susan, *Justice, Gender and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989.
- Nedelsky, Jennifer, "Reconceiving autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities", en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol 1, 7, 1989, pp. 8-36
- Valdéz M., Margarita (comp.), *Controversias sobre el Aborto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Fondo de Cultura Económica (FCE), México, 2001.
- Women's Link Worldwide (comp.), *C-355/2006. Extractos de la Sentencia de la Corte Constitucional que Liberalizó el Aborto en Colombia*, Women's Link Worldwide, 2007.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y REPRESENTATIVIDAD DEMOCRÁTICA EN EL PODER JUDICIAL

Paola Bergallo

En la década de 1880, Elida Passo debió solicitar a los tribunales autorización para convertirse en la primera mujer inscrita en una carrera superior universitaria en la Argentina.¹ En 1922, doña Angela Camperchioli se vio obligada a llegar hasta la Corte Suprema buscando la confirmación de su capacidad para ejercer la escribanía luego de que se le negara su inscripción en la matrícula.² En 1995, María Teresa Meriadri de Morini tuvo que recurrir a los tribunales, y luego a la Comisión Americana de Derechos Humanos, para demandar su inclusión en una lista electoral de la Unión Cívica Radical en cumplimiento de la Ley 24.012 que establecía el sistema de cupo femenino en elecciones nacionales.³

Mucho parece haber cambiado desde los tiempos en que las mujeres debían pedir permiso a los jueces para estudiar en la universidad, trabajar, o ejercer sus derechos políticos. Los cambios, sin embargo, no han sido lineales y, en ocasiones, han sucedido tan sólo para hacer lugar a nuevas expresiones de desigualdad. Esa desigualdad se manifiesta, a su vez, en diversas formas de opresión (Young, 1997) que las mujeres experimentan según sus otras posiciones de exclusión y a veces también de parte de otras mujeres.

El ámbito del Poder Judicial es uno de los espacios en que los proyectos de una justicia desde y para el género permanecen aún irrealizados. Predomina en él el control masculino del poder. Las mujeres disfrutan sólo a veces de un poder marginal, y las instituciones judiciales, en las que participan más mujeres que antaño,

¹ Palermo (2006).

² Fallos 136:374 (1922).

³ Fallos 318:986 (1995). Comisión Americana de Derechos Humanos, Caso 11.307. 1999.

padecen un déficit serio a la hora de brindar justicia.⁴ Por otra parte, la escasa evidencia empírica disponible no ofrece sustento para la expectativa feminista de una conexión fuerte entre el incremento de la presencia femenina en la magistratura y mayor justicia en los servicios impartidos para las mujeres y otros grupos marginados (Malleon, 2003; Dixon, 2009).⁵ Tampoco se observa un avance en términos de la diversidad de las mujeres ya presentes.

Pese a ello, el diagnóstico de la ausencia de cambios en las estructuras de género no es compartido.⁶ En América Latina, y Argentina no es la excepción, todavía resulta necesario evidenciar las dinámicas de marginación para fundar un proyecto de justicia de género en el Poder Judicial. Ése es uno de los propósitos de este trabajo. El otro es ofrecer algunos ejemplos de iniciativas posibles para implementar ese proyecto. En especial, el trabajo busca justificar e insistir en la necesidad de contrarrestar la marginación de las mujeres como una de las formas de la inequidad de género en la administración de justicia.⁷

El programa feminista de un sistema judicial sensible al género puede enfocarse, al menos, desde dos compromisos. Esos compromisos, basados en principios de anclaje constitucional, incluyen:⁸ la obligación de una mayor inclusión de muje-

⁴ Pueden hallarse datos que apoyan esta visión en diversas investigaciones recientes. Sobre Argentina, véase, por ejemplo, ELA (2009); para el contexto latinoamericano, véase, Corporación Humanas (2007).

⁵ Las investigaciones empíricas sobre la conexión entre el género y los estilos y resultados en la provisión de justicia por parte de hombres y mujeres y para hombres y mujeres constituyen un área de estudio en el que abundan las investigaciones en el contexto sajón y en el que han comenzado a sumarse investigaciones comparadas en los últimos años. Para una revisión de los estudios empíricos disponibles hasta el 2003, véase Malleon (2003). Para una actualización de las consideraciones de resultados de nuevos estudios, véase Feenan (2008). En Argentina, el trabajo de Beatriz Kohén sobre la justicia de familia representa una contribución de vanguardia a la indagación cualitativa sobre la conexión entre mujeres en el Poder Judicial y el género, Kohén (2007). Más recientemente, se ha sumado otro importante estudio de investigación cuantitativa desarrollado por Andrea Gastrón (2008).

⁶ La inexistencia de consensos sobre las problemáticas de género en el Poder Judicial no se limita a la percepción de la ausencia de cambios. Tampoco da cuenta de la continuidad de dinámicas de lo que Siegel ha denominado la *preservación a través de la transformación* (Siegel, 1996). Según ha mostrado Siegel en diversos contextos, las estructuras del género se sostienen, en parte, por medio de la misma transformación de las reglas y las prácticas otrora denunciadas como ejes de la dominación.

⁷ En las últimas décadas varias perspectivas han cuestionado el uso feminista de la categoría género por lo que incluye y excluye simultáneamente. Han objetado, en especial, los usos que pretenden una simbiosis entre las dimensiones biológica y cultural de las categorías sexo/género. Es posible, que como lo han denunciado estas críticas, lo que los feminismos excluyen pueda socavar los cimientos del proyecto. Soy de las que sigue creyendo que si bien, como proponen esas críticas, no debe perderse de vista todo lo que se excluye y reconstruye mediante la idea género, el género es todavía una categoría conceptual y política necesaria.

⁸ En Argentina, esos principios fueron reforzados por la reforma de 1994 a partir de compromisos como el incorporado en el artículo 75, inciso 23 y las múltiples previsiones de los tratados de derechos humanos previstos en los artículos 75, inciso 22, de la Constitución.

res en la magistratura, y el deber de la provisión de servicios equitativos respecto al género para quienes utilizan (y deberían de poder utilizar) el sistema. Ambas dimensiones pueden considerarse de forma independiente o interconectada. En este trabajo he de adoptar esta última opción concentrándome en las intervenciones que promueven la inclusión de mujeres en el poder de impartir justicia. La conexión que propongo no es, sin embargo, causal y empírica, sino normativa. Su articulación requerirá, además, poner en marcha propuestas que concientemente procuren orientar y re-dirigir hacia las agendas feministas las contribuciones de actores con poder institucional en la judicatura.

Las dos dimensiones de ese programa feminista encuentran justificación en la interacción de los principios de igualdad y representación democrática. Por un lado, la inclusión de las mujeres es una cuestión de igualdad de oportunidades en el empleo y en el ejercicio del poder político. Pero su mayor inclusión conlleva también una forma de representación democrática del género. Esa mayor representación tiene el potencial de contribuir a la persecución de la igualdad y la lucha contra la subordinación de las mujeres en la provisión del servicio de justicia. Ello, no porque las mujeres necesariamente aporten valores o atributos diferentes a los de los hombres o porque tengan mayor capacidad de representar los intereses o las opiniones de las mujeres, sino porque las mujeres son parte de un grupo que se diferencia en la experiencia de ciertas formas particulares de la exclusión social. Como parte de ese grupo excluido, las mujeres pueden aportar una perspectiva que enriquecerá la práctica de impartir justicia.

Si las diferencias en la experiencia social pueden ser un recurso positivo, el aporte de las múltiples perspectivas de las mujeres sobre su opresión (Young, 2000) es un objetivo a procurar mediante mecanismos que fomentan el proceso de su inclusión y representación. La contribución desde esa pluralidad de experiencias constituirá en sí misma una forma adicional de justicia sustantiva. Pero para que esa justicia logre alterar las dinámicas de la dominación será necesario poner en marcha iniciativas que persigan también la transformación del género de la provisión del servicio de justicia. Según ejemplificaré, entre otras, esas intervenciones podrían desarrollarse en tres ámbitos elementales del campo jurídico: la organización de los actores, el nivel de diagnóstico y generación de información, y el de la implementación de medidas de acción positiva.

El resto del trabajo se organiza en tres partes. Para comenzar, con base en algunos estudios empíricos recientes, describiré los rasgos de las desigualdades de género en la magistratura y en la provisión real del servicio de justicia (I). Revisaré luego los argumentos y las críticas de la literatura que defiende una mayor participación de las mujeres en la justicia y esbozaré lo que considero como las mejores defensas de la reivindicación de una justicia de y para el género en la magistratura (II). A continuación consideraré algunas experiencias comparadas de reformas

institucionales e iniciativas para la promoción de la justicia de género en el Poder Judicial (III).

I. Un perfil empírico de la desigualdad y los factores que la construyen

La sub-representación de las mujeres en la administración de justicia ha sido denunciada reiteradamente. Lo mismo ha sucedido con la discriminación que las mujeres sufren como usuarias del servicio de justicia o cuando se ven privadas del derecho de acceso a ella. Repasemos brevemente algunos de los datos que dan cuenta de esas formas de la desigualdad en el Poder Judicial.

¿Qué muestran los números?

La cuantificación de la presencia de las mujeres en el ejercicio de la magistratura en Argentina y algunos países de la región puede rastrearse a la década del ochenta cuando algunos estudios pioneros comenzaron a ofrecer los primeros datos (MacKinson y Goldstein, 1988).⁹ En aquel entonces, las indagaciones evidenciaban una presencia marginal de las mujeres en la magistratura y su agrupamiento en los escalafones inferiores y unos pocos fueros. Los datos para la década siguiente comenzaron a mostrar un incremento moderado de la participación femenina en la magistratura (Gastrón, 1993).

Números más recientes sugieren la continuidad del incremento gradual del número de juezas en la región. Sin embargo, una investigación llevada a cabo en seis países de América Latina muestra también que la segregación vertical por sexo no desaparece.¹⁰ Las mujeres siguen concentrándose en los cargos de menor jerarquía en la judicatura.¹¹ En este sentido, el *Informe Regional: Iguales en méritos*,

⁹ Véase, sobre Argentina, los estudios citados de Mackinson y Goldstein (1988), Gastrón (1993) y Kohen (2007). En Latinoamérica, véanse las citas de varios estudios precursores en Casas (2007) y Htun (1998).

¹⁰ Las feministas describen este fenómeno también como la presencia de un "techo de cristal", es decir, algún límite invisible que restringe el ascenso de las mujeres a los más altos escalafones de las oportunidades laborales o de ejercicio del poder, en este caso, el Poder Judicial. Me he referido a posibles explicaciones de este fenómeno en un trabajo sobre el género de la selección de jueces en la magistratura con asiento en Buenos Aires desarrollado hasta diciembre de 2003 publicado como Bergallo (2007).

¹¹ Si bien este trabajo se concentra en la magistratura, la evidencia disponible para otras posiciones en el sistema de administración de justicia como los puestos de fiscales o defensores públicos sugiere una situación similar de segregación horizontal y vertical por sexo a la que se describe en este acápite (Rodríguez, 2007).

desiguales en oportunidades (Corporación Humanas, 2007), en el cual se revisó las judicaturas de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, y Perú, señala que en promedio en estos países, mientras 43% de las mujeres se desempeña como juezas de instancias inferiores, sólo 26% de las posiciones en tribunales de apelación y 17% de los cargos de las altas cortes están en poder de mujeres (Corporación Humana,s 2007, p. 15). Esos números promedio encierran además grandes desigualdades entre los países y dentro de ellos, que dan cuenta de la mayor subrepresentación de las mujeres en algunos tribunales y su agrupamiento en otros. Así, por ejemplo, respecto de las mujeres que integran altas Cortes, si bien en Argentina 22% de los cargos del más alto Tribunal eran ocupados por mujeres, en Chile sólo 4% de esas posiciones estaba en poder de mujeres; y en países como Uruguay y Ecuador aún no había ninguna mujer en ese sitio (Bórquez, Damiá y Rioseco, 2006). Por otro lado, en países como Paraguay, Uruguay o Chile las mujeres ocupan más del 50% de las posiciones de los juzgados de primera instancia. Estos datos encubren también divergencias entre jurisdicciones de un mismo país, como ocurre, por ejemplo, en el acceso a las altas Cortes provinciales en la estructura federal argentina, pues si bien en promedio las mujeres tienen 20% de los cargos, en 7 de las 24 provincias, ninguna mujer integra los Tribunales superiores de provincia (ELA, 2009, p. 95).

La comparativamente reducida presencia de mujeres en las altas esferas del ejercicio del Poder Judicial se ve acompañada, a su vez, por el fenómeno de concentración relativa de las mujeres en ciertos fueros que, a veces, aparecen incluso “sobrefeminizados”; es decir, con una presencia mayoritaria de mujeres en contraste con los fueros que permanecen bajo el monopolio masculino. El incremento relativo de la presencia de mujeres en ciertos fueros y su ausencia en otros es lo que se identifica como segregación horizontal por sexo. Así, por ejemplo, en Argentina a diciembre de 2008 se observaba una mayor concentración de hombres en la justicia federal donde 77% de los cargos eran ocupados por hombres, mientras que en la justicia nacional en la ciudad de Buenos Aires 68% de los cargos estaba en poder de hombres (*ibid.*, p. 98). La diferencia entre los fueros distinguidos temáticamente también es otra expresión de esta forma de segregación. En el 2008, por ejemplo, no había ninguna mujer en los juzgados de primera instancia y de apelación en lo penal económico basados en Buenos Aires, ni había mujeres a cargo de los juzgados de primera instancia en lo civil y comercial federal y tan sólo una mujer se ubicaba junto a siete jueces en la cámara de apelaciones de la seguridad social (*ibid.*).

La realidad del empleo judicial sigue pautas similares de segregación por sexo. Datos de la presencia de hombres y mujeres en el Poder Judicial nacional y federal con asiento en Buenos Aires mostraban para el 2004 pautas de concentración de

las mujeres en los estamentos inferiores de la carrera judicial entre oficiales, relatores, prosecretarios y secretarios, y el trabajo de ordenanzas (Bergallo, 2007).

La presencia cuantitativamente inferior de mujeres también suele ser una constante en los cargos de gestión de las instituciones a cargo de la carrera judicial o la selección de magistrados/as cuando existen mecanismos especiales en ese sentido. Así, por ejemplo, sólo 3 mujeres integraban en el 2008 en Argentina el Consejo de la Magistratura de la Nación cuyos 12 miembros son responsables, entre otras funciones, de parte de los procesos de selección y remoción de magistrados de la justicia federal y nacional. En una revisión de la participación de mujeres en los jurados de evaluación de los exámenes y antecedentes de candidaturas en este mismo Consejo, en el 2004 se observaba que sólo 91% de los jurados de concursos eran hombres (*idem*).

La situación es similar en la participación de mujeres en tribunales y organismos con jurisdicción internacional. Por ejemplo, a diciembre de 2009, sólo 2 de los integrantes de la Comisión Americana de Derechos Humanos son mujeres, y sólo una jueza ocupa un sitial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Corte Internacional de Justicia, sólo una de los 15 miembros era mujer a diciembre de 2009.

Según sugieren los datos presentados, los niveles de sub-representación de las mujeres en el sistema de justicia son variados y difieren sobre distintos ejes en distintas jurisdicciones. Quizás en la Argentina de hoy en día, los números de mayor preocupación son los que se observan en la esfera provincial. Por otra parte, la extensión de la sub-representación debe apreciarse con relación a la presencia de las mujeres en el estudio del derecho, la profesión, el empleo jurídico en el sector público, ámbitos académicos de docencia e investigación, los ministerios de justicia, las escuelas judiciales y mecanismos de selección de magistrados, y los espacios de ejercicio del poder institucional profesional como los colegios de abogados y las asociaciones profesionales voluntarias.¹²

Mujeres y magistratura, algo sobre la calidad de la experiencia

Los números acerca del sexo de los jueces pueden ser útiles para plantear superficialmente un problema, pero no bastan para pintar la sustancia de las experiencias de la desigualdad.¹³ Esos números pueden ayudar a imaginar hipótesis

¹² Para una revisión relativa en el contexto del proceso de selección de jueces para Buenos Aires en Argentina, véase Bergallo (2007).

¹³ Esas experiencias de desigualdad suelen encontrar además sus raíces en las condiciones de ingreso y desempeño en el empleo judicial que precede en la mayoría de los casos a la llegada a la magistratura y en donde la mayoría de los trabajadores son mujeres (Bergallo, 2007).

sobre la marginalidad. La presencia de pocas mujeres en el Consejo de la Magistratura a cargo de la gestión y administración del Poder Judicial podría repercutir en el poder de intercambiar influencias en la contratación o promoción de personal, en el diseño y la gestión de la carrera judicial, a cargo de un funcionario designado por quienes dirigen el Consejo con el poder de decidir quién forma a los empleados y en qué temas se los entrena, y definitivamente, en el manejo del presupuesto. Así una podría imaginar que esos números bajos refuerzan el ejercicio masculino del poder en la administración justicia en una variedad de aspectos.

Para aprehender la cotidianidad y la diversidad de la exclusión del poder es, empero, necesario desplegar métodos de investigación que permitan superar el dato cuantitativo del sexo e indagar sobre las historias, los perfiles, las experiencias de las mujeres que han logrado acceder a la magistratura.

En este plano la información es siempre más escasa, en especial, en América Latina, y Argentina no es la excepción. Poco se sabe en términos agregados y desagregadamente respecto del perfil demográfico de los hombres y mujeres que ejercen el Poder Judicial. Contar con información sobre la pertenencia de clase, educación, religión, y otros rasgos identitarios sería crucial para complejizar la comprensión de la injusticia del contexto y del consiguiente reclamo de justicia más allá de la categoría del género limitado binariamente. El desafío de lograr un perfil a los hombres y mujeres que efectivamente ejercen el poder queda pendiente en el contexto de la información disponible.

Gracias al aporte del estudio regional coordinado por la Corporación Humanas comenzamos a quebrar la ausencia de las miradas más detalladas. Las encuestas realizadas a jueces y juezas en 6 países de la región para ese estudio nos ofrecen algunos datos interesantes sobre la desigualdad en la magistratura. Por ejemplo, 39% de las mujeres entrevistadas explica la dificultad de las mujeres para ascender en la carrera judicial en términos del carácter discriminatorio de los mecanismos de selección y promoción (Corporación Humanas, 2007), mientras que 29% alude a la falta de interés por los espacios de poder. En este sentido, cuando se indaga sobre las razones de la “autoexclusión” que ese desinterés parece presuponer, las entrevistadas apelan a los roles de género, las cargas familiares y la falta de conexiones políticas cruciales en los procesos de designación (*ibid.*). Por otra parte, reporta el estudio, el aumento relativo de la participación de las mujeres, donde ha ocurrido, es explicado por las entrevistadas como consecuencia del retiro de los hombres del Poder Judicial motivado en su desvalorización económica.

En relación con la experiencia de la discriminación en el sistema de justicia,¹⁴ el mismo reporte indica que 59% de las entrevistadas y 25% de los hombres con-

¹⁴ Para un detalle de las diversidad de respuestas esgrimidas por los/as encuestados/as, véase los Anexos 10 a 13 del Informe.

sideran que el sistema de justicia discrimina a sus funcionarias mujeres. Además, para las mujeres que perciben la discriminación, 56% de esos prejuicios se debe a subvaloración, prejuicios, machismo, miedo. El 23% de los hombres que acepta la discriminación, la atribuyen también a esas razones (*ibid.*). En cambio, quienes entienden que no hay discriminación, consideran en promedio en 38% de los casos que ello se explica porque hay igualdad, normas y no hay impedimentos.

La sub-representación y las experiencias: algunos intentos de explicación

Desde diversas miradas se ha intentado desentrañar los factores que contribuyen a las experiencias descritas en los acápite anteriores.¹⁵ El informe coordinado por la Corporación Humanas nos aporta una primera aproximación que confirma el alineamiento de los y las entrevistadas con las explicaciones ofrecidas por varios estudios empíricos sobre las mujeres en el Poder Judicial. Así, las explicaciones esgrimidas en el Informe y los estudios comparados diferencian entre las centradas en las restricciones institucionales y culturales del sistema de justicia y las que se concentran en las elecciones de las mujeres. Si bien es probable que en la práctica esos factores se afecten mutuamente reforzando números y experiencias de desigualdad, veamos un mapa posible de los intentos por distinguirlos.

Entre las explicaciones de “demanda” que ofrece la literatura sobre el género en instituciones y, entre ellas, el Poder Judicial, puede mencionarse, primero, a las que describen el mismo fenómeno de segregación vertical y horizontal como causa de la continuidad de la presencia marginal de las mujeres en la judicatura o su agrupación en ciertas áreas, usualmente menos valoradas o en las que está en juego menos ejercicio de poder político. Así, la segregación *de facto* actuaría construyendo las opciones de elección de las mujeres al reducir los modelos de roles disponibles o la expectativa de oportunidades laborales reales que hacen las mujeres cuando ciertos espacios de práctica profesional o escalafones son monopolio de los hombres.

En segundo lugar, otros hacen hincapié en el diseño y la implementación de los mecanismos de ingreso y promoción en la carrera judicial, cuando existe, o la magistratura, cuando lo que hay es la competencia por los cargos de jueces. En este caso, como los requisitos formales que obstruían el ingreso o la promoción de las mujeres en la magistratura ya no existen, suele insistirse en la potencial interacción de mecanismos informales y diseños meritocráticos falsamente neutrales

¹⁵ Sigo en esta sección algunas de las hipótesis revisadas en un trabajo anterior (Bergallo 2007). He completado algunas ideas siguiendo las propuestas de los trabajos de Casas (2007) y Rodríguez (2009).

ante el género (Bergallo, 2007) en la selección y promoción judicial. Para estas explicaciones, los mecanismos informales pueden consistir, por ejemplo, en el mayor acceso de los hombres a las redes sociales y políticas que suelen controlar los mecanismos de promoción en el Poder Judicial. Así, tanto la segregación por sexo de las prácticas y las redes de socialización que conforman lo que se ha dado en llamar *old boys networks* como el mayor acceso a esas redes en su faz política puede resultar clave. Esa ventaja relativa e informal puede operar en el contexto de una entrevista personal o en las instancias políticas de procesos de selección híbridos, cuando éstos combinan aspectos meritocráticos y políticos, como es el caso de la selección de jueces federales en Argentina.¹⁶ Asimismo, estas ventajas relativas pueden acrecentar su impacto en los mecanismos puramente profesionales de selección de jueces, donde puede ser especialmente difícil romper una tradición de ejercicio monopólico del poder dentro de una corporación extremadamente cerrada como la judicial.

En relación con los diseños supuestamente neutrales de los procesos de selección que emplean algún estadio de valoración de criterios profesionales para el ingreso o la promoción en la magistratura, podría pensarse también que la acumulación de antecedentes desarrollados durante y fuera del horario de trabajo, como la docencia, la investigación, la publicación y la formación de posgrado pueden afectar desigualmente a hombres y mujeres. Más aún cuando además esas exigencias se acumulan con distribuciones sexuadas de las cargas domésticas y las tareas de cuidado y oportunidades también inequitativas en esos otros ámbitos en los que se supone deben acumularse antecedentes. De esta forma, la definición de un modelo de méritos insensible a las desigualdades experimentadas en los ámbitos en los que esos méritos se obtienen puede resultar implícitamente discriminatorio. En este sentido, también la propia sobrevaloración del ingreso temprano al empleo judicial signado por las condiciones de informalidad que rodean ese ingreso, frente al ejercicio independiente de la profesión como un antecedente importante para el acceso a la magistratura, puede representar otro requisito de falsa neutralidad. Requisito éste que podría afectar desigualmente a hombres y mujeres, provengan ellos de adentro o de afuera de la judicatura, y quizás más aún en este último caso.

Un tercer conjunto de explicaciones de la desigualdad basadas en la observación del funcionamiento del Poder Judicial como una combinación de estructu-

¹⁶ En el proceso de selección de magistrados federales para Argentina, ese proceso se materializa en la etapa política de la designación que es la que se da ante el Ministerio de Justicia de la Nación y la recomendación de un candidato único de parte del Poder Ejecutivo de la Nación a la Comisión de Acuerdos del Senado. Éste es claramente un ámbito de trabajo de los “operadores políticos” a los que podrían tener un acceso diferenciado hombres y mujeres. E incluso, al que podrían tener un acceso diferenciado, las mujeres solteras de las casadas. Agradezco la sugerencia de este punto a una candidata soltera.

ras institucionales e interacciones individuales se centra en los mecanismos más explícitos de discriminación que se ha comprobado siguen funcionando aún hoy. Esos mecanismos pueden consistir en diseños supuestamente neutrales como los mencionados, pero también pueden incluir prácticas discriminatorias ejercidas intencionalmente por los sujetos a cargo de la contratación del personal o la selección para la carrera judicial, cuando ésta existe, o el concurso para la magistratura. Esas prácticas pueden incluir el acoso sexual o la preferencia no encubierta de la selección o promoción de un hombre antes que una mujer por razones sexistas, prejuicios machistas, estereotipos individuales o supuestas proyecciones estadísticas de la “candidata” o “empleada mujer” promedio como menos capaz, responsable, etcétera.

Finalmente, de otro lado, las explicaciones que observan la conducta de las candidatas potenciales a participar en la magistratura, o explicaciones de “oferta”, suelen referirse a la multiplicidad de condicionantes de las elecciones profesionales y de vida de las mujeres y de las que son madres, en especial. La ausencia y sub-representación en ciertos tipos de tareas y escalafones de las instituciones se explica por razones diversas que llevan a la “autoexclusión”.¹⁷ Se apela, así, a la falta de ambición de las mujeres, su conformismo, su renuencia al esfuerzo necesario para progresar en el empleo judicial, su temor al ejercicio del poder sustantivo y político, su falta de capacidad y preparación técnica, la mayor preocupación por la compatibilización del trabajo y la familia, su preferencia o gusto por el trabajo de cuidado, entre otros. Aparecen también aquí como explicaciones posibles ciertos estereotipos sobre las diferencias biológicas y sociales entre los sexos que determinarían algunas capacidades innatas en los hombres para impartir el servicio de justicia y ciertas limitaciones en el grupo de las mujeres para ese fin. Por otra parte, suele afirmarse, observando las elecciones de las mujeres, la preferencia por la práctica del derecho en ciertas áreas como el derecho de familia, las sucesiones, o el derecho laboral. Áreas éstas históricamente más feminizadas y más amigables a las mujeres que, por ejemplo, el derecho penal o la competencia federal. Aquí el argumento resalta la vocación de las mujeres por ciertas formas de la práctica del derecho al comienzo de sus carreras profesionales.¹⁸ No obstante, es necesario evaluar estas explicaciones en el contexto de las opciones efectivamente abiertas en los momentos de elección de las especializaciones profesionales y la disponibi-

¹⁷ En el caso de la selección de jueces por el Consejo de la Magistratura de la Nación esa “autoexclusión” es sugerida por las presencias diferenciadas de mujeres en los pooles de potenciales candidatos y su efectiva participación en los concursos donde son una minoría. La revisión de esos números hasta diciembre de 2003 puede hallarse en Bergallo (2007). Observaciones actualizadas a diciembre de 2008 se encuentran en Zayat (2009).

¹⁸ Para un desarrollo de la idea, véase Casas (2007).

lidad efectiva de modelos de rol que permitan imaginar caminos posibles en áreas históricamente monopolizadas por los hombres.

Una nota sobre el impacto de la presencia

Según adelanté en la introducción, el proyecto de una justicia de género depende también de una segunda dimensión central del programa feminista de reacción frente a las estructuras de género en el sistema de administración de justicia. Esa dimensión se preocupa por la marginación de las mujeres del acceso a la justicia. Se interesa a su vez por las desigualdades experimentadas también entre mujeres en posiciones diversas. Poco o casi nada se sabe sobre estos dos puntos. Sobre el acceso a la justicia de las mujeres y otros grupos desaventajados algo se ha comenzado a conocer recientemente. Los obstáculos y restricciones en el acceso a la justicia pueden observarse en materia de denegación del acceso de las mujeres a los servicios, por un lado, o al evaluar la sustancia de los servicios recibidos por quienes efectivamente acceden. En ambos, las brechas entre las promesas constitucionales y la realidad siguen siendo importantes.

Hasta bien entrados los años noventa escaseaban en la región los diagnósticos de las desigualdades en materia de acceso a la justicia de las mujeres y las evaluaciones críticas del rol del Poder Judicial en la perpetuación de la opresión de las mujeres. Empero, en los últimos años, varios estudios de envergadura han aportado información sobre la marginación en las dos dimensiones señaladas del género y el acceso a la justicia. En el caso de Argentina, sobre el acceso de las mujeres a los servicios de justicia pueden mencionarse los hallazgos de publicaciones como el trabajo coordinado por Birgín y Kohen (2006) y los informes del Grupo de Justicia y Género del Centro de Investigación para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP) (Rodríguez, 2007; Asensio y Rodríguez, 2009). En el espacio regional, el reciente informe de la Comisión Americana de Derechos Humanos Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas (Secretaría General, OEA, 2007) constituye un documento de crucial importancia. En estos trabajos se señalan diversos problemas estructurales que restringen el acceso de las mujeres y, en especial, a las mujeres de sectores múltiplemente marginados, en el uso de los servicios del Poder Judicial.

También han aumentado en la última década las revisiones críticas de la jurisprudencia nacional y regional y su función en la instauración y preservación de las estructuras de género. Varios trabajos producidos por organizaciones de mujeres y más recientemente en ámbitos académicos han posado su mirada crítica en la producción de decisiones judiciales. Esos trabajos denuncian que bajo un manto de supuesta neutralidad los jueces naturalizan el punto de vista masculino y hete-

rosexual y refuerzan la opresión de las mujeres y de otros grupos de múltiples y variadas formas a veces por lo que dicen y muchas otras por lo que omiten ver y verbalizar.¹⁹ Esas críticas muestran a los sistemas de administración de justicia como productores y negadores de las desigualdades distributivas de recursos y poder entre hombres y mujeres y entre personas heterosexuales y de sexualidades diversas, y como autores y negadores de las identidades sexuales y de género.

Ahora bien, es especialmente importante resaltar la conexión (o falta de ella) entre las opresiones e inequidades que denuncian las investigaciones citadas hasta aquí y la creciente presencia de mujeres en la magistratura. Esta relación ha preocupado por años a sectores académicos anglosajones,²⁰ pero aún ha sido poco explorada en Latinoamérica y en Argentina, en particular.

Entre nosotros, al testear la hipótesis gilliganeana de una posible contribución diferente de mujeres y varones en la justicia de familia en Buenos Aires, Kohen no encontró diferencias significativas entre hombres y mujeres, aunque observó una presencia importante de rasgos de conducta típicos de una ética del cuidado en ambos (Kohen, 2007). Más recientemente, en un original estudio cuantitativo para el que se revisaron 106 decisiones de juezas y jueces, Gastrón encontró que las mujeres no favorecían tanto como los hombres a las litigantes mujeres. Sin embargo, entendió que el hecho de que las juezas no favorecieran a las mujeres como sus pares varones, “no necesariamente implica una actitud de conflicto de género entre jueza y actora, sino que tal vez el propio asunto y la interpretación judicial del mismo ameritaba no favorecerla” (Gastron, 2008, p. 20).

Los dos estudios citados representan contribuciones importantes a la exploración de la conexión juezas-justicia de género. Sin embargo, sería inadecuado

¹⁹ Sería imposible hacer justicia aquí a la importante producción académica y activista de crítica de la mirada de los jueces en la región. Sólo por mencionar algunas publicaciones o proyectos sin pretender ser exhaustiva, cabe citar, sobre Argentina, por ejemplo: Motta y Rodríguez (2001); Cardenas y Tandete (2008); ELA (2009). En materia de revisiones críticas desde una perspectiva de género de la jurisprudencia de varios países latinoamericanos pueden consultarse: Cabal, Lemaitre y Roa (2002); Motta y Sáenz (2008).

²⁰ Los estudios empíricos desarrollados sobre esta temática han empleado una multiplicidad de técnicas de investigación (i.e., el análisis de decisiones, regresiones estadísticas, entrevistas cualitativas, entre otros) y han definido de formas diversas las variables a testear. Mientras algunos simplemente han indagado sobre las diferencias entre las contribuciones de hombres y mujeres a la hora de juzgar, otros se han preocupado por variables de impacto que intentan definir supuestos “beneficios” para las mujeres como grupo por la incorporación de mujeres magistradas. También se observa gran variedad en los tipos de “beneficios” que preocupan a los y las investigadoras. Las conclusiones de las heterogéneas indagaciones sobre la contribución diferente o beneficiosa para las mujeres de la presencia de mujeres juezas son diversas, contradictorias, con frecuencia, y toman difícil la extracción de conclusiones contundentes y generalizantes. Para revisiones de estos estudios véanse las referencias de la nota 5 *supra*.

aventurar con base en sólo dos indagaciones la posibilidad (o su negación) de una correlación entre la presencia de juezas en Buenos Aires y resultados de un sistema de justicia más sensible a las inequidades de género.

II. Las razones para un programa de justicia de género

En la última década varios estudios han revisado también los argumentos normativos en pos de un aumento de la magistratura a cargo de mujeres. Los trabajos de Malleson (2003) y Kohen (2004), de los más difundidos en Argentina, consideran los argumentos tradicionales basados en la igualdad y la legitimidad democrática pero han puesto también particular atención sobre las razones basadas en la diferencia. Nos dicen las autoras que quienes insisten en esta idea apelan a diversas conceptualizaciones de la supuesta diferencia de voz, de rasgos de personalidad, de habilidades y de impacto, entre otros, que las mujeres podrían aportar o que, se afirma, aportan de hecho.

Esas revisiones junto a estudios más recientes (Dixon, 2009) presentan un paneo completo de los perfiles del debate y las dificultades del argumento de la diferencia y su dimensión empírica. Aquí, en cambio, me concentraré en otros dos principios también considerados por la literatura comparada que creo funcionan mejor en el contexto argentino donde además encuentran anclaje constitucional. Estos argumentos adquieren más fuerza allí donde la escasez de la evidencia empírica constituye una barrera difícil de franquear para especulaciones centradas en la idea de diferencia. Esa escasez de evidencia o su tono no conclusivo no puede cerrar, sin embargo, el debate de las razones para promover la presencia de las mujeres en el Poder Judicial.

Como procuraré demostrar, los factores de la desigualdad identificados en la primera parte, y los principios de igualdad y democracia, ofrecen argumentos suficientes para justificar la instauración de mecanismos reparadores. Esas reparaciones pueden promover el género en la justicia mediante la presencia de mujeres y la acción institucional para poner en marcha medidas sensibles al género como las que ejemplificaré en la tercera parte. Ello no quita, claro está, que debamos revisar nuestras concepciones normativas a la luz de evidencia empírica contundente (positiva o negativa) sobre alguna forma de relación juezas-equidad de género, si esa evidencia estuviera disponible en algún momento.

Magistratura e igualdad de oportunidades

Los datos revisados en la primera parte nos muestran a las mujeres como un grupo históricamente excluido en la administración de justicia. Se trata de un grupo al que se le negaron también sus necesidades e intereses específicos en el acceso a la justicia. Esa exclusión histórica, no ha desaparecido completamente a pesar del desmantelamiento de las reglas que instauraban la discriminación. Dinámicas sociales complejas, instituciones, prácticas e ideologías explican hoy la persistencia de las estructuras de subordinación y resultados desventajosos para ciertos grupos, las mujeres entre ellos. Esa exclusión fue y sigue siendo, en algunos contextos, parte de una pauta que autoras como Young (2000) caracterizan como formas de desigualdad estructural o sistémica. Los números de la sub-representación y las experiencias cualitativas de las mujeres en el Poder Judicial parecen sugerir que nos encontramos ante instancias de esas desigualdades estructurales que constituyen una injusticia y no un mero resultado de la suerte.

Los datos revisados en la primera parte nos muestran una vez más el incumplimiento de las promesas liberales de igualdad, neutralidad, imparcialidad y universalidad para las mujeres, como juezas, empleadas o usuarias del sistema de justicia. La brecha entre la retórica liberal clásica y la práctica de exclusión de las mujeres y sus necesidades e intereses debe y puede ser corregida, y en la misma reinterpretación del principio de igualdad se encuentran, en parte, las bases para un programa de institucionalización del trato diferenciado.

En el orden constitucional argentino, la igualdad de oportunidades en el trabajo y la participación política justifican la adopción de medidas correctivas de la desigualdad entre hombres y mujeres en la magistratura. Ese mandato encuentra sustento en los artículos 16, 14, 14bis, y 75, inciso 23, de la Constitución,²¹ y en las múltiples disposiciones de los tratados de derechos humanos sobre igualdad. En particular, ese mandato encuentra especificación en el articulado de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.²²

En un sentido, la magistratura es un tipo de empleo público, y como en todo empleo, las oportunidades de acceso y promoción en él deben distribuirse en condiciones de igualdad. El género es una de las dimensiones a tomar en cuenta para

²¹ Según el primer párrafo del artículo 75, inciso 23, es atribución del Congreso "23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

²² Para una revisión completa de las normas del derecho internacional que justifican la mayor participación de mujeres en el sistema de justicia como cuestión de igualdad, véase Bórquez, Damiá y Rioseco (2006).

esa distribución y, por ello, se vuelve una categoría relevante para evaluar la situación de exclusión o discriminación de las mujeres en las oportunidades de acceso y promoción en el empleo judicial.

El trabajo en la magistratura exige ciertas capacidades especiales regladas en la Constitución y especificadas en los procesos de selección por medio de instituciones como los Consejos de la Magistratura. Sin embargo, las especificidades del trabajo judicial no justifican la distorsión o exclusión en ese plano del principio de igualdad de oportunidades en el trabajo. Por otra parte, la selección de jueces valora significativamente la experiencia en el empleo judicial, en la medida en que la mayoría de los elegidos proviene de esa trayectoria laboral.²³ Con más razón, entonces, se vuelve relevante insuflar de criterios igualitarios en cuanto al género la regulación y práctica del empleo judicial, en todas sus esferas.

Así, la comprensión del trabajo en la magistratura como regido, entre otros, por el principio de igualdad de oportunidades de género en el empleo, lleva a justificar la adopción y desarrollo de la multiplicidad de medidas correctivas de la inequidad. Esas medidas tienen por fin reparar la interacción de los factores que crean y refuerzan la marginación de las mujeres. Se habilita entonces la discusión de herramientas como las de los programas de igualdad de oportunidades en el empleo.²⁴ Esos programas incluyen, entre otros, el diseño y la implementación efectiva de las diversas modalidades de políticas de acción afirmativa ante casos de sub-representación, las políticas de cuidado, la reconsideración de las licencias parentales,²⁵ las políticas ante casos de acoso sexual u otras formas de violencia de género en el empleo, o la promoción de la igualdad en la representación sindical.

Por otra parte, la magistratura también es un ámbito de ejercicio del poder político, y lo es más aún en los sistemas de control de constitucionalidad difusos como el argentino y en el contexto de prácticas como las que caracterizan el neoconstitucionalismo en la región.²⁶ La reparación de la exclusión de las mujeres en el ejercicio de ese poder se torna, pues, una exigencia de igualdad política. Ello es así por-

²³ En la revisión de los currículos de los jueces designados para la justicia federal y nacional con asiento en Buenos Aires hasta diciembre de 2003, más de 80% de los ocupantes de cargos se había desempeñado en el Poder Judicial.

²⁴ Para una revisión de múltiples propuestas sobre igualdad de oportunidades en el empleo, véase el informe reciente de la Organización Internacional del Trabajo (oit) (2009). Véanse también, los documentos publicados en la Oficina de Igualdad de Género de la Organización Mundial del Trabajo, <<http://www.ilo.org/gender/lang--en/index.htm>> (visitado el 1.12.09); y la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina, en <<http://www.cepal.org/mujer/>> (visitado el 1.12.09).

²⁵ Por ejemplo, para extender el plazo de las licencias de los hombres o reconocer licencias a padres y madres que adoptan.

²⁶ Para una definición de un concepto en evolución, véase Garavito (2009).

que el monopolio masculino del poder es injusto cuando es resultado de factores de exclusión que las mujeres no controlan o no pueden controlar. Si bien es verdad que los intereses en la participación en actividades diversas no son compartidos por todos y pueden distribuirse tan azarosamente como el gusto por el teatro o la música, cuando la distribución coincide nítidamente con divisiones de clase, género, o raza, la participación política es inequitativa por definición y la influencia política resultante es necesariamente sesgada para esos grupos (Phillips, 1998, p. 231). Entonces, si las mujeres deben estar representadas en el Poder Judicial como cuestión de igualdad política, se justifica la adopción de herramientas correctivas como las acciones afirmativas para el acceso y la promoción a la magistratura. Por otro lado, dado que el poder político en el Poder Judicial se ejerce también en funciones como las de su gestión y administración, el principio de igualdad política también justifica las políticas de inclusión de mujeres en los diversos ámbitos de la gestión y administración del Poder Judicial. En el caso de la justicia federal argentina, por ejemplo, ello implica la justificación de acciones afirmativas que tiendan a incorporar a las mujeres a espacios a cargo de la gestión en el Consejo de la Magistratura de la Nación y la Corte Suprema de Justicia.

Magistratura y representación democrática

Las desigualdades descritas en la primera parte reflejan y contribuyen a reforzar también la infrarrepresentación democrática de las mujeres en el sistema judicial. En la medida que reconocemos el carácter político del sistema judicial, el déficit de representación de las mujeres en el ejercicio de la magistratura y el diseño de las instituciones judiciales se convierte también en un déficit del principio democrático. Ese principio exige la representación de los grupos excluidos y justifica garantizar su presencia utilizando remedios como la institucionalización de tratos diferenciados.

Los demócratas radicales desconfiaron históricamente de la representación democrática que entendían como un mal necesario o un segundo mejor frente a la democracia directa. Sin embargo, en los últimos años algunas autoras, como Young o Urbinati, han replanteado la discusión sobre la democracia representativa para mostrar que la representación es un fenómeno complejo e inescapable, pero también positivo del funcionamiento de la democracia moderna, en especial, a la luz del ideal de la democracia deliberativa.²⁷ Con ese fin, han propuesto desmarcar la idea de representación de su versión puramente electoral para definirla como

²⁷ Entre los intentos más recientes y celebrados en este sentido se encuentra el trabajo de Urbinati (2006). También el trabajo de Young representa una contribución central en este sentido (2000).

síntesis dinámica de dos formas de representación, la electoralista y formal, y la virtual e ideológica. Así, afirma Urbinati, "(l)a política representacional convierte a la sociedad democrática en una fábrica intrincada de significados e interpretaciones de las creencias y las opiniones de los ciudadanos sobre cuáles son sus intereses –creencias que son específicas y diferenciadas y que están sujetas a variación en línea con la realidad de las vidas de las personas" (Urbinati, 2006, p. 30).

Como resultado, la representación se concibe como un proceso diferenciado y mediado en el espacio y el tiempo. En franco contraste con las visiones minimalistas, para esta concepción, la representación democrática se integra por un continuo formado por la combinación de momentos que incluyen –pero no se agotan en– el momento de la autorización del representante en la elección. La representación democrática demanda una serie de interacciones que se materializan en instancias de elección y *accountability* (Pitkin, 1971; Young, 2000), a las que Urbinati ha propuesto sumar las de *advocacy*.

En primer lugar, la elección es un momento importante de la representación en la medida en la que dispara o formaliza la autorización del representante. Pero si la representación es también representación de ideas esa autorización no se da sólo en el acto de elección, es un proceso de participación y deliberación en el que los individuos y los potenciales representantes interactúan y se conectan unos con otros en diversos ámbitos. En segundo término, la *accountability* aparece en los nuevos actos electorales en los que las decisiones de representación son evaluadas por sus votantes, que a su vez tienen la oportunidad de ajustar, renovar o cambiar sus mandatos. Esa *accountability* es, según Young, también más que el acto electoral, un conjunto de interacciones en el que los individuos se involucran en nuevas participaciones y debates sobre la sabiduría y las implicancias de las decisiones de los representantes que ocurren en el proceso electoral pero también en los ámbitos de acción de la sociedad civil (Young, 2000). Pero además, según Urbinati, la representación democrática demanda también instancias de *advocacy* justamente porque la desigualdad política que sufren los ciudadanos necesita de esas instancias para su rectificación. El concepto de *advocacy* como componente del proceso de representación apela aquí a la independencia que tienen y necesitan los representantes, un espacio de autonomía y al mismo tiempo de conexión con sus representados. Y esto es particularmente importante para los integrantes de grupos excluidos que buscan un "abogado" y no sellos de goma para resistir las tendencias del poder a silenciar sus reclamos o vulnerar su igualdad (Urbinati, 2006, p. 46).

Si bien en el Poder Judicial las interacciones exigidas por el principio de representación democrática entre representantes y representados adquieren formas diferentes que en el juego de los otros dos poderes, no dejan de estar presentes en él. Esas interacciones aparecen de forma más indirecta, pero con fuerza, en mo-

mentos como las instancias de designación, promoción y remoción de jueces; pero median también la realidad del ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes.²⁸ Y cuando las dinámicas de esas interacciones reflejan la exclusión no buscada de ciertos grupos del proceso de representación, justifican la implementación de correctivos.

En su obra clásica sobre la representación, Pitkin (1967) introdujo la distinción entre la representación simbólica o descriptiva, entendida como el *standing for* en el cual la representación ofrece una descripción de rasgos de los representados, y la representación de intereses capturada en la idea de *acting for*, es decir, en la promoción activa de los intereses de los representados. Es esa representación descriptiva, que Phillips (1995) ha completado con su idea de la política de la presencia, un prerequisite de la representación deseable para la transformación de las dinámicas de elección, *accountability* y *advocacy*.

La demanda de presencia y potencia descriptiva de la representación se justifica porque los grupos subordinados, como las mujeres, suelen encontrar dificultades y obstáculos para ejercer poder en la transformación de instituciones públicas en los momentos de elección, *accountability* y *advocacy*. Al mismo tiempo, la desventaja y la invisibilidad de las mujeres y sus problemas suelen reflejar la relegación de sus intereses y perspectivas. La persistencia de la desigualdad estructural se convierte entonces en causa y efecto de los límites de la representatividad democrática en todos los espacios de ejercicio del poder político y en las diversas instancias en las que se ejerce esa representación.

De esta forma, la adopción de mecanismos de inclusión de las mujeres en la judicatura se justifica para paliar el déficit de representatividad democrática. Si bien, como lo sugieren algunas indagaciones empíricas, la presencia de las mujeres en la magistratura no garantizará la representación de los intereses y las opiniones de las mujeres, su presencia puede servir, como mínimo, para visibilizar y reducir potenciales obstáculos en la comunicación de las necesidades de las mujeres. La presencia de mujeres puede representar además la presencia de sus perspectivas, entendidas según la definición de Young como una predisposición psicológica para percibir ciertos problemas o aspectos de la vida social que se encuentran íntimamente ligados a la experimentación de lo que significa estar en cierta posición social. En palabras de Young, entre los tipos de “conocimiento situado” que tienen las personas en posiciones sociales diferenciadas se encuentran:

²⁸ Para una revisión de las funciones de *accountability* en el Poder Judicial, véase por ejemplo, el debate sobre el impacto de instituciones como los Consejos de la Magistratura en materia de rendición de cuentas en Garoupa y Ginsburg (2009), Malleson y Russell (2007).

(1) una comprensión de su posición y cómo ella se presenta frente a esa posición; (2) un mapa social de otras posiciones relevantes, su definición y su relación con la posición que representan; (3) un punto de vista sobre la historia de la sociedad; (4) una interpretación sobre cómo operan las relaciones y los procesos de toda la sociedad, especialmente en la medida en que afectan su propia posición, y (5) una experiencia y un punto de vista específicos de la posición sobre el ambiente natural y físico (Young, 2000, p. 117).

Ese conocimiento situado no sustituirá ni representará, sin embargo, a una identidad colectiva. Los grupos son internamente diferentes y por ello esa representación no podrá dar cuenta de intereses u opiniones compartidos por todas las mujeres, pero debería ser reflejo de aquello que las conecta.

Finalmente, algunas autoras refuerzan estas ideas resaltando la función instrumental de la mayor representatividad del Poder Judicial para alcanzar otros fines. Aventuran así que el incremento de la representatividad democrática del Poder Judicial a partir del aumento de la participación de las mujeres serviría para dotar de legitimidad democrática a la producción del sistema de justicia (Malleson, 2003). Otras apelan también a la contribución que esa presencia haría en términos del *rule of law* y del aumento de la confianza pública en un Poder Judicial que aumenta en diversidad (Feenan, 2008).

Dos objeciones

Entre las críticas más frecuentes a la aplicación de iniciativas como las que justifican los principios de igualdad de oportunidades y representatividad democrática, se insiste que ellas vulneran los mandatos de neutralidad e imparcialidad centrales al ejercicio de impartir justicia (Malleson, 2003). Ese tipo de objeciones ha sido planteada en los litigios que cuestionaron reglas de acción afirmativa adoptadas, como veremos en la próxima sección, en Bélgica o Colombia, y suelen objetar la concentración de recursos en oficinas judiciales especializadas en cuestiones de género con el argumento de que la justicia debe ser ciega al sexo. La literatura feminista ha ofrecido múltiples respuestas a objeciones de este tipo. En primer lugar, y como en tantas otras ocasiones, las feministas han denunciado la falsa neutralidad de las prácticas apuntando a los sesgos de la historia de “imparcialidad” del accionar judicial. Han desenmascarado además la naturalización de la justicia de la idea de impartir justicia ciegamente, cuando la ceguera es parcial. Han denunciado también el presupuesto de que la imparcialidad requiere la negación de la desigualdad real y la subordinación de ciertos grupos, las mujeres entre ellos, y de que las políticas de inclusión redundarán en nuevos e injustos sesgos. Basten

estas apelaciones a la larga tradición de crítica feminista a los postulados de un liberalismo clásico como una primera respuesta a estas críticas. Si bien está claro que el ideal de imparcialidad judicial es valioso, el problema reside en que los sistemas judiciales que conocemos no lo han realizado aún.

Otro tipo de objeciones a las propuestas que he descrito es la que formulan quienes cuestionan la estabilidad de conceptos como mujeres o representación (Butler, 1990) y su estatus de ficción fundacionalista. Para autoras como Butler, los límites de la idea de identidad son evidentes. Ello, tanto por lo que erróneamente presuponen compartido entre las mujeres como por lo que generan en términos de exclusión de lo diferente. Las políticas de identidad son parte del problema y se equivocan quienes las conciben como solución. Lo necesario, para estas críticas, es repensar o abandonar el feminismo. El valor de estas críticas y las de otras que en el derecho han seguido esta tradición (Halley, 2006) es indudable. Como todo discurso crítico, han contribuido a llamar la atención sobre la dialéctica y los costos inevitables de toda intervención política. Han alumbrado la dominación que pueden ejercer las mujeres y que puede resultar de la agenda feminista. No puede obviarse, sin embargo, que las críticas de este tipo han sido formuladas en un contexto en el que la presencia y la realidad de la gobernanza feminista es muy diferente a la que conocemos en lugares como Argentina. No estoy segura, sin embargo, de que esas críticas justifiquen abandonar todavía el proyecto feminista de una justicia de género para el Poder Judicial en nuestro medio. Creo, en cambio, que nos exigen repensarlo continuamente para no quedar rehenes de sus límites. Exigen también implementarlo con la conciencia de la inevitabilidad de nuevas opresiones que será necesario detectar y combatir.

III. Iniciativas para una justicia de género en y desde el Poder Judicial.

El feminismo de la segunda ola detectó tempranamente la importancia de trabajar en la reforma del sistema judicial como ámbito de lucha contra la hegemonía masculina y la desigualdad. Las primeras iniciativas que perseguían desarmar el rol del Poder Judicial en la generación y preservación de las estructuras de género cobraron fuerza en la década del setenta en Estados Unidos. Desde entonces se han multiplicado transformándose sin detenerse a través de distintas latitudes.²⁹ Surgieron así infinidad de intervenciones que buscaban reformar al Poder Judicial. Esas intervenciones se adaptaron más tarde con base en las experiencias de en-

²⁹ Para una revisión comprensiva de diversas propuestas en este sentido, véanse los trabajos desarrollados en el marco del Proyecto Acceso a la Justicia, Reforma Judicial y Género del CIEPP, en Rodríguez (2007); y Asensio y Rodríguez (2009).

sayo y error. Cambiaron también en función de la complejización y la fragmentación de la reflexión feminista.

La evolución de esos proyectos no ha sido lineal ni sus efectos, cuando pueden evaluarse, han redundado necesariamente en la desarticulación de las desigualdades estructurales entre los géneros en el sistema de justicia y los servicios que éste ofrece. Como en toda intervención social, es posible también que esos mismos proyectos reprodujeran viejas formas de exclusión abriendo camino a nuevas modalidades de opresión. Pese a ello, revisar algunas de esas experiencias puede ser útil a la hora de pensar y abordar los múltiples desafíos pendientes. Con ese fin, en el resto del trabajo repasaré tres tipos de intervenciones institucionales promovidas por el feminismo en el Poder Judicial.³⁰ Medidas de ese tipo podrían sumarse a proyectos muy concretos ya en marcha que resultan clave para la agenda de género en el Poder Judicial. En el caso de la justicia federal argentina, esos proyectos incluyen, por ejemplo, iniciativas incipientes como la organización de dos oficinas específicas de trabajo a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la Oficina de Violencia Doméstica y la Oficina de la Mujer.³¹

Mobilización y organización de las mujeres del derecho

La creación de organizaciones de mujeres dentro de espacios institucionales diversos ha sido parte de la tradición de movilización de las mujeres. Experiencias como las comisiones de abogadas, la creación de asociaciones de mujeres abogadas, o juezas encuentran sus raíces en esa tradición.

La conformación en 1979 de la *National Association of Women Judges* [Asociación Nacional de Mujeres Juezas] (“NAWJ”) es un ejemplo de las organizaciones que, en una época temprana, se establecieron para promover la igualdad para sus integrantes mujeres, el Poder Judicial y la sociedad (Clark, 2002). La creación de la NAWJ marcó el comienzo de una ola que llevó a multiplicar las asociaciones de mujeres juezas a través de las fronteras. Ellas se multiplicaron en el mundo luego de la creación de la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (AIMJ) que incentivó la apertura de capítulos locales. En Argentina, esos esfuerzos desembocaron en la fundación de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina (AMJA) (Kohen, 2007).

³⁰ Dado el objetivo principal de este trabajo, no me referiré aquí a un aspecto obvio pero inabarcable en estas páginas de la movilización feminista, el de promoción de organizaciones de mujeres con capacidades técnicas jurídicas y de acción en el sistema de justicia.

³¹ Dada la juventud de ambos proyectos es muy pronto para evaluar su desempeño. Sin embargo, puede revisarse algunos datos oficiales, sobre la Oficina de Violencia Doméstica, que comenzó a funcionar primero, en <<http://www.csjn.gov.ar/ovd/ovdhome.jsp>> (visitado el 1.12.09).

Movilizaciones similares, aunque de grupos de menos poder que las juezas, se dieron en la organización de las primeras comisiones de la mujer, reemplazadas más tarde, por las áreas de género, en algunos colegios de abogados u otras asociaciones profesionales.

Sin embargo, los espacios y las organizaciones de mujeres juezas, abogadas, profesoras de derecho, estudiantes de derecho, no siempre se tradujeron en proyectos de acción en torno a una agenda de justicia de género. Por eso, la mera movilización no puede ser un dato positivo. Como lo han señalado voces críticas, la movilización de mujeres podría incluso excluir más de lo que incluye. Por esa razón, las experiencias más interesantes de la tradición de organización de las mujeres que creo vale la pena observar modernamente son las que se han montado con una agenda feminista. Si bien ellas no están exentas de los riesgos de reproducción de desigualdades, se trata de iniciativas que vale la pena explorar como los programas y comités sobre violencia, sexo y derecho, mujeres en el derecho, transgénero creados en la *New York Bar Association*,³² o las organizaciones de profesoras/es de derecho como la Red Alas, en nuestra región, o la sección de mujeres en la educación legal de la *American Association of Law Schools*.³³ Otro ejemplo particularmente importante porque representa la posibilidad de dar los primeros pasos en la organización de la acción coordinada en el derecho, lo proveen las organizaciones de estudiantes que se nuclean sobre temas específicos de la agenda feminista como los grupos de estudiantes de derecho como *Law Students for Reproductive Justice*.³⁴

En el contexto argentino, podría resultar de interés la inclusión de líneas de acción feminista en las agendas de las organizaciones de mujeres como la AMJA y la creación de espacios dedicados a la persecución de la equidad de género en las instituciones del derecho donde no existen. Así, podrían armarse espacios específicos en las asociaciones de magistrados, las facultades de derecho, los colegios de abogados provinciales y la federación de esas instituciones. Un contexto particularmente relevante para el fomento de la agenda de la igualdad de género en el empleo judicial será también el de la representación sindical. Ello porque los sindicatos han sido actores funcionales a la preservación de las desigualdades en las oportunidades laborales de los sexos.

³² Véase al respecto algunas iniciativas de la *New York Bar Association* en <http://www.abcny2.org/source/members/C_list.cfm> (visitado el 1.12.09).

³³ Véase las iniciativas feministas de esta organización que coordina a las profesoras de derecho feministas en: <<http://www.aals.org/documents/sections/women/SectionOnWomenNewsletter01-09.pdf>> (visitado el 1.12.09).

³⁴ Véase, información sobre este grupo de estudiantes que tiene capítulos en las diversas facultades de derecho de los Estados Unidos, en <<http://lsrj.org/>> (visitado el 1.12.09).

Por otra parte, las experiencias comparadas sugieren que los efectos sustantivos de este tipo de organización dependen también de que este tipo de iniciativas no sea mera retórica y se traduzca en compromisos presupuestarios sustantivos y de inversión en capital humano.

Información y ejercicios de introspección sobre el género en el sistema de justicia

En un trabajo reciente, Luciana Sánchez (2009) repasa las distintas recomendaciones internacionales que exigen la producción y difusión de información judicial sobre derechos de las mujeres. Según Sánchez, desde la Plataforma de Acción de Beijing, pasando por declaraciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas hasta los comunicados de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM),³⁵ han reconocido la importancia y urgencia de generar datos sobre el género en el Poder Judicial. La falta de esa información representa un obstáculo para el acceso de las mujeres a sus derechos, incluyendo el acceso a la justicia y la promesa de equidad de género (Sánchez, 2009).

Sin embargo, todavía hoy los sistemas de generación de información sobre el Poder Judicial –su estructura y organización, y los servicios que presta– están plagados de déficit (Rodríguez, 2007). Esas deficiencias se acrecientan cuando se indaga sobre el género y las mujeres. Algo parecido sucede respecto de la información relevante para planificar, monitorear y evaluar la actuación judicial. Así, “no existe información de calidad sobre cuestiones tan básicas como aborto, violencia familiar, femicidios, acoso sexual; la poca disponible es disgregada, incompleta y sólo apoyada en fuentes y nociones de jerga jurídico-policia” (Sánchez, 2009, p. 37).

Sobre la base de algunas de las propuestas desarrolladas por Rodríguez (2007), Sánchez propone en su trabajo una variedad de iniciativas institucionales que podrían adoptarse para generar la información ausente. Esas iniciativas incluyen la aplicación de estándares mínimos, por ejemplo, mediante una encuesta nacional sobre violencia contra las mujeres, un banco de datos sobre acoso sexual en el Poder Judicial, y la generación de información jurisdiccional, administrativa y operativa sobre los derechos de las mujeres en el sistema de justicia (Sánchez, 2009).

Quisiera reparar aquí en una movilización feminista centrada en la producción de información que podría complementar las sugerencias formuladas por Sánchez

³⁵ Véase al respecto, CIM, *Seguimiento del Programa Interamericano Reunión Género y Justicia*, Washington, DC, SEPIA II, citado por Sánchez (2009).

y Rodríguez. Si bien las propuestas de esas autoras apuntan a respuestas más ambiciosas, de mayor estabilidad institucional y largo plazo, la experiencia que sugiero revisar tiene algunos aspectos políticos que la tornan interesante. Me refiero a la puesta a partir de los años ochenta de más de cuarenta *Gender Bias Task Forces* ([Equipos de Estudio del Sesgo de Género (“EEGJ”)]) creadas en Estados Unidos con el objetivo de indagar sobre el rol del género en los sistemas judiciales de ese país.³⁶ Me refiero a una propuesta que veinte años después de su primera instauración alcanzó lo que se consideró un verdadero “movimiento de EEGJ” (Hensler y Resnik, 2002).

La historia de los EEGJ se remonta a comienzos de 1980.³⁷ Sus raíces se rastrean a la articulación de un conjunto de proyectos desarrollados por dos importantes organizaciones de mujeres estadounidenses: *NOW Legal Defense and Education Fund* (“NOW”), y la, por entonces recientemente creada, *NAWJ*.³⁸

En especial, la historia de los EEGJ se inicia con el establecimiento del primer EEGJ en el estado de Nueva Jersey en 1981. Este esfuerzo fue el resultado de la creación por parte de *NOW* en 1980 del Programa Nacional de Educación Judicial para la Promoción de la Igualdad entre Hombres y Mujeres, al que *NAWJ* inmediatamente sumó su apoyo (Schafran, 1986).³⁹

Los EEGJ fueron equipos de trabajo, organizados oficialmente por los poderes judiciales, primero estatales, y luego en la década de 1990, en el terreno federal, para investigar la existencia de discriminación de género en el Poder Judicial. Si bien la composición de los EEGJ, sus objetivos de trabajo, y sus resultados fue heterogénea, es posible encontrar ciertas pautas comunes a ellos. En general, los EEGJ fueron convocados por la dirigencia del Poder Judicial, e integrados por represen-

³⁶ Emprendimientos similares se han organizado más recientemente en Canadá, Australia y el Reino Unido.

³⁷ La práctica de las *task forces* organizadas para documentar la discriminación de género se remonta a la *Commission of the Status of Women* que había establecido en 1961 el presidente Kennedy.

³⁸ La organización de ambas instituciones fue consecuencia del desarrollo alcanzado por el movimiento feminista estadounidense durante la década del setenta, y de la llegada de las mujeres en grandes números a la universidad y el ejercicio de las profesiones liberales y la magistratura. Pero estas organizaciones fueron y son también reflejo del reconocimiento de nuevas generaciones de mujeres del papel del género en sus vidas y las de sus congéneres, y del compromiso con la nueva agenda feminista de la época. Tanto *NOW* como la *NAWJ* fueron instituciones concebidas por mujeres con el objetivo de promover la igualdad entre los géneros, y fueron desde la época de su creación instituciones fundamentales del movimiento feminista estadounidense.

³⁹ Dentro de estas organizaciones un número reducido de mujeres desempeñó un papel fundamental en el desarrollo del proyecto. Sylvia Roberts, directora general de *NOW*; de las profesoras Norma J. Wikler y Lynn Hecht Schafran; y de la jueza Marilyn Loftus, del estado de Nueva Jersey, son citadas usualmente como las fundadoras del primer EEGJ en el sistema judicial estatal de Nueva Jersey. Wikler y Schafran tendrían luego un papel central en desarrollo subsiguiente de los EEGJ en el resto de los estados, Atchinson (1998).

tantes de la magistratura, los colegios de abogados,⁴⁰ empleados de los tribunales, la academia jurídica y, en ocasiones, actores de las legislaturas locales (Swent, 1996).⁴¹ Las asociaciones de magistrados también desempeñaron una función importante al convocar a la organización de EEGJ en declaraciones en sus encuentros anuales.⁴²

Los EEGJ definían su objetivo como el fin de indagar sobre los “efectos del género en la aplicación sustantiva de la doctrina, la interacción en el tribunal, y la adopción de decisiones jurídicas formales e informales” (Ninth Circuit Report, 1993, 763). Mediante una combinación de métodos de investigación empírica generaron informes muy completos que documentaron una multiplicidad de interacciones sesgadas y discriminatorias en las que el género era el eje estructurante de la desigualdad entre varones y mujeres en el sistema de justicia. Los informes denunciaron formas de discriminación en el discurso judicial, las percepciones de las usuarias, y las dinámicas de interacciones entre abogados, abogadas, clientes, jueces en el tribunal, y usuarios y trabajadores de distintos ámbitos del sistema de administración de justicia.

Los métodos de investigación empleados⁴³ variaban de jurisdicción en jurisdicción y a medida que el “movimiento de los EEGJ” evolucionaba, incorporaban usualmente el análisis del discurso en la jurisprudencia, entrevistas en profundidad con actores claves, la recolección de datos cuantitativos sobre los perfiles de distintos actores del sistema de justicia, y el diseño y la aplicación de encuestas y grupos focales. Cuando la información cuantitativa se prestaba a ello, ofrecían análisis estadísticos de correlaciones múltiples para tratar de indagar sobre el papel de la variable género en explicar algunas desigualdades numéricas.

Al finalizar la recopilación de datos, la información recolectada por equipos interdisciplinarios se exponía en un informe final que la analizaba críticamente y efectuaba diversas recomendaciones de reforma institucional. El informe publicado era luego sometido a eventos de presentación, difusión y discusión en las comunidades de actores relevantes del sistema de justicia. El proceso consistía entonces

⁴⁰ Los informes de Arkansas, Illinois, Indiana, Kansas, New Hampshire, y Nuevo México fueron patrocinados y publicados por los colegios de abogados de esas jurisdicciones (Resnik, 1995; p. 954).

⁴¹ El liderazgo de las iniciativas fue variado, mientras en algunos estados como en Nueva Jersey eran las organizaciones de mujeres las que convencieron a los líderes de la magistratura sobre la necesidad de organizar la indagación, en otros lugares, como Utah o California, fue la misma dirigencia del Poder Judicial la que inició las conversaciones sobre la necesidad de un EEGJ (Swent 1996).

⁴² En 1988 y 1993, la Conferencia de Jueces de Cortes Supremas instaron a que cada estado organizar un EEGJ sobre género y raza en los tribunales (Schafran, 1998). Por otra parte, después de la emisión del primer informe de una jurisdicción federal, el del Noveno Circuito, la Conferencia de Jueces Federales de los Estados Unidos hizo público su apoyo a los EEGJ (Resnik, 1995; Schafran, 1998).

⁴³ Para una revisión de los métodos de investigación cuantitativa y cualitativa utilizados en el EEGJ del Noveno Circuito, véase por ejemplo, Hensler (1993).

en la utilización política de la información para motivar reformas institucionales diversas.

En algunos estados, las legislaturas financiaron las iniciativas, mientras que en otros fue el mismo Poder Judicial quien se encargó de solventar las demandas económicas de los EEJG (Schafran, 1998). Por su parte, el Congreso Federal incluyó el financiamiento de EEJG en su aprobación de la *Violence against Women Act* (“VAWA”) que incluía la *Equal Justice for Women in the Courts Act* que previa el financiamiento de esas iniciativas en los distritos federales y la implementación de sus recomendaciones.

En todo caso, se trató de una experiencia importante de movilización en torno a la investigación de las condiciones del género en el Poder Judicial implementada con múltiples variaciones que podrían contribuir significativamente a las instancias de interacción entre representantes y representadas que, como vimos en la segunda parte, conlleva entender la representación política y judicial como proceso.⁴⁴ En ese sentido, algunas de las virtudes de los EEJG más deseables residían en la educación, participación y la deliberación que generaron en el proceso mismo de su funcionamiento (Resnik, 1996). Bien podrían replicarse en jurisdicciones como las de América Latina donde la pobreza de la información judicial sobre el género es más bien la regla y donde la desmovilización de los actores responsables es común. En el caso argentino, este tipo de investigación debiera priorizarse quizás en las jurisdicciones provinciales donde está disponible mucha menos información sobre el sistema de justicia y el género. Siguiendo las modalidades más recientes de los EEJG, debería tal vez indagar sobre la discriminación más allá del género para incorporar otras perspectivas de la marginación.

Los programas de acción afirmativa en la magistratura

Como intenté demostrar, la institucionalización de instancias diferenciadas de representación democrática como las que pueden aportar las acciones afirmativas son un mecanismo idóneo para instalar la igualdad de oportunidades y de representatividad democrática, prometidas a las mujeres normativamente pero no concedidas en los hechos. Ahora bien, las políticas de acción afirmativa para la pro-

⁴⁴ Véase, por ejemplo, las citas de las iniciativas referidas por Casas (2007) de la consulta llevada a cabo en Gran Bretaña en el 2004, Department for Constitutional Affairs, *Increasing Diversity in the Judiciary, Responses to DCA Consultation Paper CP 25/04*, marzo de 2005, p. 3, disponible en: <<http://www.dca.gov.uk>> (visitado el 1.12.09). Véase también, Opinion Leader Research, *Judicial Diversity: Findings of a Consultation with Barristers, Solicitors and Judges*. Final Report prepared for Department for Constitutional Affairs, enero de 2006, disponible en <http://www.dca.gov.uk/publications/reports_reports/jd_cbs06.pdf> (visitado el 1.12.09).

moción de un mayor acceso de las mujeres a todos los ámbitos de la magistratura pueden adoptar modalidades variadas. De hecho, los ejemplos disponibles muestran la diversidad de programas de este tipo, que incluyen: (i) criterios de diversidad y preferencia, (ii) cuotas, (iii) compromisos políticos, y (iv) valoración especial de antecedentes y conocimientos.

(i) Los criterios de diversidad y preferencia

Este tipo de acción afirmativa se implementa a partir de la definición de objetivos de diversidad que suelen incluir al género pero también a otras pautas identitarias. En la historia de la designación política de magistrados se han utilizado en diversos contextos criterios, como el origen geográfico, para integrar cortes supremas en estados federales. Con el tiempo, esos criterios se fueron expandiendo para incluir, por ejemplo, la religión; más tarde, la raza, y luego el género. Así, con distintos tipos de integración en las reglas escritas, se han ido desarrollando prácticas y, a veces, normas, que incorporan la promoción de la diversidad como un criterio para la selección política de magistrados.

Las primeras normas que instauraron criterios de búsqueda de diversidad de género en el Poder Judicial pueden rastrearse en el gobierno del presidente Carter en los Estados Unidos. Así, cuatro semanas después de su asunción, Carter emitió el Decreto 11.972 que creaba paneles de selección de jueces que debían “incluir a ambos sexos, miembros de grupos minoritarios, y un número aproximadamente igual de abogados y no abogados” (Kenny, 2009). Esa primera iniciativa debió ser complementada luego por el Decreto 12.059, cuando el resultado de las propuestas de los paneles de selección no había generado diversidad alguna en la nominación de candidatas. Entonces, Carter imploró a los paneles “que llevaran adelante esfuerzos especiales e identificaran nominados potenciales bien calificados que fueran mujeres y miembros de grupos minoritarios”.

En la Argentina, los criterios de diversidad para la selección de magistrados han sido empleados en el ámbito federal en el Decreto PEN 222/2003 que establece en su artículo 3ro. el objetivo de que la inclusión de nuevos miembros a la Corte Suprema refleje “las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal”. Otra forma posible de definición de este requisito es el previsto en el artículo 111 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires para la integración del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad que establece que “[e]n ningún caso podrán ser todos [los jueces] del mismo sexo”.⁴⁵

⁴⁵ La cláusula transitoria duodécima establece el mismo requisito para la integración de los Tribunales vecinales de la ciudad.

Por otra parte, estos criterios pueden emplearse en los procesos políticos de selección como en el citado mecanismo argentino para la nominación de candidatos a la Corte Suprema, o en aquéllos puramente profesionales/meritocráticos, o mixtos. Así, cuando existen mecanismos especiales para la selección de jueces, se puede prever la promoción de un objetivo de diversidad en el cual se privilegiará la posición de las candidatas mujeres, por ejemplo, para cubrir cargos en tribunales la situación refleja el monopolio masculino de los cargos. Ése es el caso del modelo empleado en Gran Bretaña y en las normas de Irlanda del Norte donde la *Constitutional Reform Act* de 2005 establece en su parágrafo 64.1), el requisito de que la *Judicial Appointments Commission* (Comisión de Nombramientos Judiciales) “considere la necesidad de promover la diversidad en el rango de personas disponibles para la selección en los nombramientos,” mientras que la *Justice Act* del 2004 establece el deber de la *Judicial Appointments Commission* de asegurar un Poder Judicial que refleje a la comunidad de Irlanda del Norte (Feenan, 2008).

Adicionalmente, los requisitos de diversidad pueden aplicarse a los resultados de los procesos de selección; pero también a quienes integran los órganos decisorios o de evaluación en tales procesos. En esos casos, la diversidad de género podría regir el proceso de identificación de los integrantes de los jurados de evaluación de antecedentes o los integrantes de instituciones como las comisiones de acuerdo senatorial o el Consejo de la Magistratura, cuando éstos tienen a su cargo la selección de jueces o parte del procedimiento.

(ii) Las cuotas y reglas de paridad

Otra de las opciones para instaurar un mecanismo de acción afirmativa consiste en separar algún número o proporción de sitios en el Poder Judicial para su ejercicio por parte de mujeres. En este caso, los requisitos pueden definirse en términos de un porcentaje del total de los cargos. Cuando se asigna a hombres y mujeres una cantidad igual de cargos, se habla de mecanismos de paridad.

Una norma de este tipo pretendió ponerse en marcha en Colombia. En ese país, se estableció por ley una cuota de 30% de los cargos en el empleo público para las mujeres. Pero la interpretación que extendía la aplicación de la cuota al Poder Judicial fue desafiada ante la Corte Constitucional⁴⁶ y ésta entendió que no procedía la imposición de dicha cuota al Poder Judicial.

Otro ejemplo de aplicación de un mecanismo de cuotas en la institución a cargo de la selección de jueces es la regla establecida en Bélgica para los cargos del Consejo Superior de Justicia que recomienda los candidatos a jueces. Según el

⁴⁶ Sentencia C-371/00, Corte Constitucional de Colombia, 29 de marzo de 2000.

artículo 11bis de la Constitución, se debe garantizar al menos la nominación de 4 mujeres entre los 11 candidatos a ese Consejo Superior de Justicia.⁴⁷

(iii) Los compromisos políticos

Los compromisos políticos adoptados en *caucus*, declaraciones o documentos de partidos políticos han sido otras de las instancias de implementación de acciones positivas. En este sentido son destacables los compromisos adoptados por presidentes de los Estados Unidos como Carter, Reagan, Bush (padre) y Clinton, que llevaron a acrecentar de forma significativa la presencia de mujeres en el poder federal de ese país.⁴⁸

En especial, las feministas han resaltado las dinámicas políticas que llevaron a que en la década del setenta el presidente Carter designara más mujeres en la magistratura de las que habían designado conjuntamente todos los presidentes de la historia hasta ese momento (Kenny, 2009). Según varios estudios, en esas designaciones también resultó clave el papel del senador Edward Kennedy, a cargo de la presidencia del *Judiciary Committee* del Senado, que compartía el compromiso del presidente Carter de integrar un Poder Judicial diverso y representativo y facilitó los procesos de designación de las candidatas nominadas por Carter (Goldman, 1997).

En otro contexto, esos compromisos políticos pueden ser extraídos de las autoridades dentro de los propios organismos de selección del Poder Judicial. Éste fue el caso, en los procesos que siguieron a la reforma del sistema de selección de jueces que precedió a la *Constitutional Reform Act* en Gran Bretaña. Allí, Lord Falconer, el presidente de la Corte de Inglaterra y Gales, cabeza del Poder Judicial, quien reemplazó al Lord Chancellor en la función de nominación de candidatos, nombró a una mujer de origen indio como primera encargada de la *Judicial Appointments Commission* en octubre de 2005 (Maute, 2007).

⁴⁷ La adecuación de este mecanismo al Pacto Internacional de Derechos Civiles fue cuestionado ante el Comité de Derechos Humanos que rechazó la pretensión. Véase al respecto, Comité de Derechos Humanos, *Jacobs v. Bélgica*, Comunicación No 943/2000: Belgium. 17/08/2004, CCPR/C/81/D/943/2000.

⁴⁸ En ese sentido, cabe recordar las palabras de la jueza Ruth Bader Ginsburg de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según quien “una vez que Carter nominó mujeres a la magistratura en un cierto número ya no hubo vuelta atrás. El presidente Reagan hizo un aporte histórico al designar para la Corte Suprema de los Estados Unidos a mi estimada colega, la jueza Sandra Day O’Connor. Nombró también 28 mujeres en otros puestos de tribunales federales. El presidente Bush en un solo mandato designó 36 mujeres juezas federales. El presidente Clinton nombró un total de 104 mujeres, y el actual presidente ha designado hasta hoy a 52 mujeres”, Bader Ginsburg (2007).

(iv) Valoración especial de antecedentes y conocimientos

En los citados primeros esfuerzos del presidente Carter por efectuar nominaciones de mujeres resultó importante el cuestionamiento de las definiciones tradicionales de los méritos que debían reunir los candidatos. Entonces, las feministas se organizaron para cuestionar los estándares de evaluación de antecedentes que proponía la American Bar Association (ABA) e incluso en cinco ocasiones el presidente Carter nominó candidatas que habían sido evaluadas como “no calificadas” por la ABA. La estrategia de denuncia de la supuesta neutralidad de los criterios de selección con evidencia que lo sustente y la propuesta de criterios alternativos sensibles a las desigualdades y discriminaciones que pueden sufrir los candidatos es una de las dimensiones de la revisión del contenido de las evaluaciones de postulantes a la magistratura propuesta en diversas instancias comparadas.

Por otra parte, la inclusión de estándares de evaluación y valoración del conocimiento de los y las candidatas en cuestiones de género y de igualdad ha sido otra de las propuestas a implementar en los procesos de selección a la magistratura. Estas propuestas incluyen la elaboración de cuestionarios para las entrevistas, la introducción de temas de evaluación y la especial valoración de la satisfacción de esos requisitos de conocimiento (Rodríguez, 2009).

En el mismo sentido, cabe mencionar el requisito establecido por el Estatuto de Roma que además de introducir por primera vez una demanda de integración a un tribunal internacional, en este caso, la Corte Penal Internacional, que incluya mujeres, exige la incorporación de magistradas/os con conocimientos de cuestiones de violencia contra las mujeres y maltrato infantil, y requiere la contratación por parte de la Fiscalía, de expertas/os en violencia sexual y género a fin de garantizar la investigación y el juzgamiento de crímenes sexuales y de género (Bórquez, Damiá y Rioseco, 2006).

A modo de conclusión

Las propuestas revisadas hasta aquí ejemplifican algunas de las iniciativas puestas en marcha sobre y desde los sistemas de justicia de otros países que encuentran fundamento en las formulaciones de los principios de igualdad y representatividad democrática que ofrecí en la segunda parte. El objetivo de esas propuestas es que las mujeres desde sus diversas experiencias puedan influir en la administración de justicia y las cuestiones de género puedan hacerse visibles en una de las estructuras sociales que ha reforzado históricamente las dinámicas de privilegio y opresión. Ello con el fin de atacar una de las tantas fuentes de marginación de las mujeres en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Asensio, Raquel y Marcela Rodríguez, *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Atchinson, Rena M., "A Comparison of Gender Bias Studies: Eight Circuit Court of Appeals and South Dakota Findings in the Context of Nationwide Studies", en *South Dakota Law Review* 43 (1998), pp. 616-640.
- Bergallo, Paola, "¿Un Techo de Cristal Judicial?", en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- Birgin, Haydée y Beatriz Kohen, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Biblos, 2006.
- Bórquez, Rita, Carolina Damiá y Luz Rioseco, *Participación de las mujeres en organismos internacionales de protección de los derechos humanos y sistemas de justicia sudamericanos*, (Serie Documentos Técnico Jurídicos 3), Santiago de Chile, Corporación de Desarrollo de la Mujer DOMOS, 2006.
- Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Nueva York, Routledge, 1990.
- Cabal, L., Julieta Lemaitre y Mónica Roa, *Cuerpo y derecho*, Bogotá, Temis, 2002.
- Cardenas, Edurne y Leah Tandeter, *Derechos sexuales y reproductivos en argentina*. Buenos Aires, CONDESA, 2008.
- Casas, Lidia, "La mujer en el Poder Judicial", Santiago de Chile, 2007. Disponible en: <http://www.centrojusticia.udp.cl/accion/docs/ChileXXI_Mujer_y_Poder_Judicial.pdf> (visitado el 1.12.2009).
- Clark, Mary, "Changing de Face of the Law: How Women's Advocacy Groups Put Women on the Federal Judicial Appointments Agenda", *Yale Journal of Law and Feminism*, 14 (2002), p. 243.

- Corporación Humanas, *Informe Regional: Iguales en méritos, desiguales en oportunidades: Acceso de las Mujeres a los Sistemas de Administración de Justicia*, Santiago de Chile, Andros, 2007.
- Dixon, Rosalind, "Female justices, feminism and the politics of judicial appointments", en *The Law and Legal Theory Working Papers Series*. Chicago University School of Law, 2009. Disponible en: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> (visitado el 1.12.2009).
- ELA, "Participación de Mujeres en Cargos Públicos", en *Informe sobre Género y Derechos Humanos 2005-2008*, by Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Buenos Aires, Editorial Biblos, 2009.
- Feenan, Dermot, "Women Judges: Gendering Judging, Justifying Diversity", en *Journal of Law and Society*, 35, núm. 4 (2008), pp. 490-519.
- Garoupa, Nino y Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" en *American Journal of Comparative Law*, 57 (2009), pp. 103-134.
- Gastrón, Andrea, "Paradigmas y Paradojmas: Una Visión desde el Género acerca de la Justicia en Argentina", Abril de 2008. Disponible en: <http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigacion/archivos/paradigmas_paradojmas.pdf> (visitado el 1.12.2009).
- _____, *Situación actual de la mujer en el Poder Judicial Argentino*. Buenos Aires, Asociación de Fabricantes Argentinos de Coca-Cola, 1993.
- Gilligan, Carol, *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1992.
- Ginsburg, Ruth Bader, "Remarks on Women's Progress at the Bar and the Bench", en *Harvard Journal of Law and Gender*, 30 (2007).
- Goldman, Sheldon, *Picking Federal Judges*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- Halley, Janet, *Split Decisions. Why and How to Take a Break From Feminism*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- Hensler, Deborah, "Stories and Statistics", en *Stanford Law Review*, 45 (1993), p. 2187.
- _____, y Judith Resnik, "Contested Identities: Bias Task Forces and the Obligations of the Legal Profession", en *In Ethics in practice*, Deborah Rhode, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Kenny, Sally, "Femocrats and Judicial Selection: Reconceptualizing Social Movement Insiders". *Draft paper*. 2009. <http://www.hhh.umn.edu/people/skenney/pdf/femocrats_judicial_selection.pdf> (visitado: 1 de 12 de 2009).
- Kohen, Beatriz, *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007.
- _____, "Más Mujeres en la Justicia: los Argumentos Más Frecuentes", en *Academia* (Universidad de Buenos Aires) 3, núm. 6 (2004), pp. 331-337.

- Mackinson, Gladys y Mabel Goldstein, *La Magistratura de Buenos Aires: Un estudio sociológico*, Buenos Aires, Literaria Jurídica, 1988.
- Malleson, Kate, "Justifying Gender Equality on the Bench: Why Difference Won't Do", en *Feminist Legal Studies*, 11, núm. 1 (2003), pp. 1-24.
- Malleson, Kate y Peter H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- Maute, Judith, "English Reforms to Judicial Selection: Comparative lessons for American States", en *Fordham Urban Law Journal* 34, núm. 1 (2007), pp. 387-423.
- Motta, Cristina y Macarena Sáenz, *La mirada de los jueces*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Motta, Cristina y Marcela Rodríguez, *Mujer y justicia: el caso argentino*. Buenos Aires, Banco Mundial, 2001.
- Ninth Circuit Gender Bias Task Force, *The Effects of Gender in the Federal Courts: The Final Reports of the Ninth Circuit Gender Bias Task Force*, Sacramento, Reimpreso en *Southern California Law Review* 67 (1994), p. 727 [1993].
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) "La Igualdad de Género como Eje del Trabajo Decente", *Conferencia Internacional de Trabajo 98*, Sesión VI, Ginebra, OIT, 2009.
- Palermo, Alicia I, "El acceso de las mujeres a la educación universitaria", en *Revista Argentina de Sociología*, 4, núm. 7 (2006), pp. 11-46.
- Palmer, Barbara, "'To Do Justly': The Integration of Women into the American Judiciary, Political Science and Politics", en *Political Science and Politics*, 34, núm. 2 (2001), pp. 235-239.
- Phillips, Anne, "Democracy and representation: Or, why should it matter who our representatives are?", en *Feminism and Politics*, 224 *id.*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- _____, *The politics of presence*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Resnik, Judith, "Asking about Gender in Courts", en *Signs*, 21, núm. 4 (1996), pp. 952-996.
- Rodríguez Garavito, César, *Globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, (ed.), Universidad de Los Andes. Bogotá, CIJUS, 2009.
- Rodríguez, Marcela, *Reformas judiciales, acceso a la justicia y género*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- _____, "Género y procesos de selección y remoción de jueces/zas, fiscales, y defensores/as nacionales", en *Una agenda para la equidad de género en el*

- sistema de justicia*, Raquel Asensio y Marcela Rodríguez (eds.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Sánchez, Luciana, "Información Judicial y Derechos Humanos de las Mujeres", en *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Raquel Asensio y Marcela Rodríguez (eds.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Schafran, Lynn H., "Educating the Judiciary About Gender Bias: The National Judicial Education Program to Promote Equality for Women and Men in the Courts and the New Jersey Supreme Court Task Force on Women in the Court". *NOW, Women's Right Law Report*, 1986.
- _____, "Will Inquiry Produce Action? Studying the Effects of Gender in the Federal Courts", en *University of Richmond Law Review*, 32 (1998), pp. 615-44.
- Secretaría General, OEA, "Organization of American States, and Inter-American Commission on Human Rights. 2007. Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas". Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2007.
- Siegel, Reva, "The `Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy", en *Yale Law Journal* (1996), pp. 2117-2206.
- Swent, Jeannette F, "Gender Bias at the Heart of Justice: An Empirical Study of State Task Forces", en *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 6, núm. 1 (1996), 87.
- Urbinati, Nadia, *Representative Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006.
- Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- _____, "Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective", en *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy and Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- Zayat, Demián, *Between Merits and Politics: The Selection of Federal Judges in Argentina*, Tesis del Programa SPILS, Stanford, Stanford Law School, 2009.

LAS CUOTAS DE GÉNERO EN MÉXICO: ALCANCES Y RETOS

Isabel Zapata Morales

Introducción

Puede resultarnos difícil de imaginar, pero hace menos de sesenta años las mujeres mexicanas no gozaban del fundamental derecho de elegir a sus representantes. No fue hasta 1953 cuando, durante la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines, la plena ciudadanía fue otorgada a la mujer en el ámbito federal. Sin embargo, el derecho a ser elegido permaneció en manos de sólo la mitad de la población hasta bien entrada la década de los noventa, cuando se implementaron por primera vez las cuotas de género. Estos intentos por establecer mecanismos que abrieran posibilidades de representación política a las mujeres fueron sin duda desarticulados y perfectibles –en muchos sentidos todavía lo son–, pero simbolizaron la incorporación del tema en la agenda y su discusión en la arena pública.

La intención primordial del presente ensayo es analizar las bases teóricas e históricas de las cuotas de género en México, así como determinar el impacto que éstas han tenido en la cantidad de mujeres electas como legisladoras, tanto en el Congreso Federal como en los congresos locales. En este sentido, nuestro país constituye un excelente laboratorio de observación, puesto que su organización política permite que cada entidad haya incorporado este tipo de legislación en distintos momentos y con diferente diseño.

En el primer apartado se examinan las consideraciones teóricas que justifican las cuotas de género. Entre la gran variedad de argumentos a favor de la participación femenina en la vida política, los que parten de los fundamentos teóricos de la democracia son, desde mi punto de vista, los más sólidos. Por lo tanto, analizo también dos conceptos esenciales para defender la importancia de la representa-

ción femenina en un contexto democrático: representatividad e igualdad. Más adelante presento una breve revisión de las críticas que se han hecho desde el movimiento feminista a la democracia liberal.

Dedico el segundo apartado al tema de las cuotas, con el fin de tener un panorama general del funcionamiento de este mecanismo de acción afirmativa que ha sido objeto de controversia alrededor del mundo.

El tercer apartado se refiere al contexto histórico mexicano. En él, reviso brevemente el progreso que ha tenido la participación femenina en la vida política a partir de la Revolución Mexicana, suceso que representó un parteaguas en este sentido. Posteriormente, algunas páginas son dedicadas al tema de las cuotas de género en nuestro país.

En el cuarto apartado intento determinar el impacto que han tenido las cuotas en México. Para ello me apoyo en evidencia empírica y en algunos estudios que se han realizado al respecto.

I. ¿Para qué las cuotas? Una justificación desde la teoría política

Hay conceptos que conviene tener claros antes de iniciar una discusión que tenga que ver con género. Las preguntas básicas a responder son: ¿por qué es importante procurar la plena participación femenina en el ámbito político?, ¿cuál es el problema de que haya tan pocas mujeres en los aparatos de decisión del gobierno?, ¿qué papel desempeña la tradición liberal en la solución o empeoramiento de dicho problema?

Hay una gran variedad de argumentos a favor de la participación femenina en la vida política: desde los que tienen que ver con la opinión pública o con la percepción de las propias legisladoras, hasta los que parten del feminismo o de los fundamentos teóricos de la democracia.¹ Propongo aproximarnos al problema desde estos últimos, no sin antes definir el concepto “género”.

¿Qué es el género?

Paradójicamente, a medida que prolifera la investigación sobre género, prolifera también la tendencia a olvidar lo problemático que resulta el significado del término (Lamas, 1999). Es por esto que, antes de realizar cualquier estudio sobre la condición política, social o económica de la mujer, es fundamental tener claro este concepto.

¹ Para una discusión más amplia al respecto, véase el capítulo 1 de Huerta y Magar, 2006.

Fue Simone de Beauvoir quien, en su libro *El segundo sexo*, planteó por vez primera una idea que marcaría profundamente la historia del movimiento feminista: las características femeninas no se derivan “naturalmente” del sexo, son adquiridas mediante un proceso social. La mujer, por lo tanto, no nace, se hace. Durante el auge del feminismo en los años setenta, el término género comenzó a usarse de manera sistemática, pero no fue hasta los años ochenta que la denominada “perspectiva de género” se consolidó como una visión significativa en la academia y en el ámbito de las políticas públicas. Finalmente, el debate sobre el significado y los alcances del concepto cobró gran importancia a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en septiembre de 1995.

Como elemento estructurador de la sociedad, el género condiciona el quehacer científico (Cobo y Osborne, 2004). Además, en lo que al ámbito profesional se refiere, podemos encontrar varios ejemplos de cómo los supuestos sobre el género han repercutido en las oportunidades que una mujer tiene de desempeñarse en el plano que ella prefiera. En Occidente, la identificación de varias profesiones con la masculinidad ha llevado a que la participación de las mujeres en algunas actividades, particularmente en las que forman parte de la ciencia moderna, haya sido siempre escasa y muchas veces tormentosa. Esto se debe a que los sistemas de género ponen como opuestos a lo masculino y lo femenino, por lo general en un orden jerárquico (Conway, *et. al.*, 1996) y al hecho de que la diferencia biológica entre hombres y mujeres es interpretada como una diferencia sustantiva o de capacidades.

Tengámoslo muy claro: el sexo y el género son conceptos distintos, biológico el primero, social el segundo. En otras palabras, la división cultural entre hombres y mujeres no se desprende de la “naturaleza”, sino de un hecho social y, por lo tanto, transformable. En este ensayo el género queda entonces definido como la construcción cultural de la diferencia sexual (Cfr. Lamas, 1996).

La siguiente sección estará dedicada a dos conceptos esenciales para defender la importancia de la representación femenina en un contexto democrático: representatividad e igualdad.

i) Representatividad

El concepto de representatividad es fundamental en lo que a las bases teóricas de la democracia se refiere. Dada la enorme variedad de definiciones que pueden dársele al término, resulta importante mencionar que, en lo que sigue, me basaré en la que propone Bobbio (1982): la representación política es un mecanismo mediante el cual se forma el vínculo de decisión entre gobernantes y gobernados, y tiene que ver con la oposición básica entre un régimen político representativo y un

régimen autoritario o absolutista. En este sentido, el propósito de la representación política es tener “la posibilidad de controlar el poder político atribuido a quien no puede ejercer el poder en persona” (Bobbio, 1982, p. 1426, tomo II).

De acuerdo con Pitkin (1971), resulta conveniente diferenciar entre dos tipos de representación política: la descriptiva y la sustantiva. Un grupo adquiere representación política descriptiva mediante la elección de sus miembros a ciertos cargos de elección popular, logrando así representar al grupo en algún órgano tomador de decisiones. En cambio, la representación sustantiva va más allá de eso, puesto que implica que la política pública tome en cuenta los intereses de dicho grupo. Idealmente, cualquier subconjunto de la sociedad, por más reducido que éste sea, debería tener ambos tipos de representación política. Al respecto hay una discusión en la que se intenta determinar qué importa más, la cantidad de miembros del grupo que participan en la toma de decisiones o el impacto que dichas decisiones tienen en sus vidas (sin importar la manera en que se llegó a ellas).

La capacidad de un grupo político para incidir de manera sistemática en las decisiones y llevar a buen puerto sus propuestas dentro de entidades que –como los parlamentos– estén integradas por una variedad de fuerzas, no es independiente del porcentaje de integrantes del grupo dentro del organismo en cuestión (Dahlerup, 1993). No olvidemos que en política lo práctico es esencial, por lo que es natural que obtener escaños constituya un objetivo medular para las mujeres. Ése es justamente el ámbito de funcionamiento de los sistemas de cuotas de género como mecanismos temporales para ampliar las bases de legitimación de los sistemas democráticos (Pacheco, 2007). Dichos sistemas se implementan en países en los que se considera importante que la totalidad de los grupos sociales se encuentren representados proporcionalmente en las asambleas legislativas.

¿Realmente hay diferencias significativas entre hombres y mujeres en cuanto a la forma de ejercer el poder político o en cuanto a las preferencias de política pública? Al respecto hay opiniones encontradas. Según un estudio realizado por Camp (1979), el impacto del género en las preferencias de política pública es poco o nulo. La ideología de los hombres y mujeres que se mueven en esferas políticas, asegura, tienen más que ver con su partido que con su género. Claro que las diferencias se acentúan cuando nos concentramos en mujeres con una pauta de pensamiento tradicionalista, pero éstas suelen permanecer en casa y rara vez se involucran activamente en asuntos públicos. Por el otro lado, Thomas (1991) examinó la relación entre el porcentaje de mujeres en las legislaturas y las prioridades de dichas legislaturas en materia de políticas públicas con enfoque de género. Sus hallazgos sugieren que la presencia de mujeres sí hace una diferencia: la fuerza de esa diferencia depende, en gran medida, del nivel de apoyo de sus colegas.

ii) Igualdad

Como ocurre con cualquier concepto tan cambiante como éste, tratar de definir la igualdad –concepto tradicionalmente vinculado con la democracia– de manera objetiva es imposible.

Para empezar, vale la pena preguntarnos: ¿qué tipo de igualdad debería buscarse en las democracias liberales? Tomemos como ejemplo la noción clásica liberal de igualdad, la cual implica igualdad de condiciones y no de resultados. En principio es una idea intuitivamente atractiva: nos corresponden a todos las mismas oportunidades, es decir, la posibilidad de partir de un mismo punto hipotético, pero lo que hagamos a partir de ello depende exclusivamente de nuestro propio esfuerzo, por lo que el Estado no debería interferir en eso.

Basta introducirnos con un poco más de profundidad en la anterior concepción de igualdad para darnos cuenta cuán engañosa puede resultar. Considerar que la igualdad consiste exclusivamente en la estricta neutralidad puede llevarnos a conclusiones equivocadas, puesto que la igualdad formal, que a nivel teórico puede resultar interesante y atractiva, no necesariamente funciona en la práctica. No olvidemos que existen grupos que, de entrada, se encuentran en una posición de desventaja en la que las situaciones de opresión se reproducen fácilmente. El ejemplo de la representación femenina en los congresos locales ilustra muy bien los riesgos de conformarnos, como sociedad, con la igualdad como estricta neutralidad. No olvidemos que el hecho de que se hayan removido las barreras legales para que las mujeres participen en política no les otorga igualdad *de facto*.

Uno de los factores que hay que tomar en cuenta en el análisis de la brecha que se abre entre la teoría y la práctica es la identidad, específicamente su componente social. Como argumenta el brillante filósofo canadiense Charles Taylor (1994), la identidad personal no se construye aisladamente, sino por medio del diálogo con los demás. Es por ello que ésta depende de manera primordial de la relación con los otros. Dicho de otro modo: dado que la identidad del individuo es multidimensional, ésta se sustenta tanto en cimientos individuales como sociales.

¿Cuál es entonces la relación entre identidad personal e identidad social, y de qué manera se vinculan con el tema de la igualdad? Según explica Taylor (1994), la proyección de una imagen degradante de un sujeto que pertenece a cierto grupo representa una forma de discriminación para los otros miembros de ese mismo grupo, incluso si ellos no sufrieron algún incidente de manera directa. Esto implica que, en la búsqueda de una sociedad comprometida con la igualdad, es trascendental que se combata toda forma de discriminación directa o indirecta.

Entendida así, la noción de identidad otorga un valor crucial al tema del reconocimiento, cuya importancia se admite hoy en casi todas las sociedades del mundo, aunque de distintas formas. En contextos democráticos, generalmente se tiene una política de reconocimiento basada en la igualdad. Se trata de un concepto que

ha cobrado una importancia mayúscula, imponiendo así a los gobiernos democráticos la obligación de reconocer a todos sus ciudadanos en un plano de igualdad.

No perdamos de vista que, aun retirando los obstáculos legales u objetivos que oprimen a algún grupo social marginado, la imagen depauperada que se formó durante la etapa de marginación aprisiona a sus integrantes y les impide liberarse de dichos obstáculos en la práctica. Es así como los dominados –en este caso las mujeres– no pueden más que verse a través de la mirada del dominador, fenómeno mediante el cual la autodepreciación se convierte en una de las formas más brutales y efectivas de opresión.

Por otro lado, en la medida en que los ciudadanos son agentes autónomos que participan en el gobierno, la democracia requiere que éstos sean tratados de manera igualitaria en materia de derechos y obligaciones. Y, dado que el derecho a votar y ser votado es fundamental, en tanto el Estado no lo respete, su legitimidad democrática se verá mermada.

Lo personal es político: críticas feministas a la democracia liberal

Las críticas que las diversas corrientes feministas han hecho a la democracia liberal² han sido fuertes y variadas. Muchas de ellas giran alrededor de lo que Cobo y Osborne (2004) llaman el sesgo androcéntrico de los discursos teóricos recientes, el cual señala que éstos no toman lo suficientemente en cuenta la dinámica de la relación que, a lo largo de la Historia, se ha establecido entre hombres y mujeres y las injusticias que han derivado de ésta. En esta misma línea, numerosas feministas han asegurado que la omisión del tema de la familia y la falsa neutralidad en el pensamiento político contemporáneo han hecho que el asunto de género quede en el olvido. En otras palabras, las teorías de justicia contemporáneas no contemplan algunas diferencias tan fundamentales como las que hay entre hombres y mujeres. Al respecto Iris Young hizo una interesante reflexión en su libro *Justice and the Politics of Difference* (1990).

Otra de las críticas primordiales es la que hace Susan Moller Okin en su célebre libro *Justice, Gender, and the Family* (1989). Vivimos en una sociedad que se basa en la característica del género para legitimar diferencias injustas de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres, formal e informalmente. Okin señala que la mayoría de los grandes teóricos contemporáneos de la justicia han dejado de lado

² Para una discusión más amplia al respecto, véase el capítulo 1 de Huerta y Magar, 2006 o el capítulo 3 de Gargarella, 1999.

este punto.³ Es decir, han olvidado que las sociedades están profundamente marcadas por la injusticia de género. Esto ocurre porque aceptan y asumen la existencia de la familia estructurada tradicionalmente, que de entrada no funciona sobre bases justas. Por otro lado, Okin nos advierte que, dado que los teóricos actuales no excluyen explícitamente a la mujer (como se hizo durante muchos años), estamos tentados a creer que sus teorías son inclusivas y neutrales. Pero se trata de una falsa neutralidad, nacida sólo como respuesta a ciertas exigencias feministas. Con su lenguaje presuntamente neutral, intentan disimular que escriben exclusivamente sobre hombres, y sobre mujeres que siguen pautas de vida que han sido desarrolladas conforme a las necesidades de esos hombres.

La división que usualmente se hace en la democracia liberal entre la esfera pública y la esfera de la vida privada es materia de otra de las grandes críticas feministas a dicho sistema. Esta división, señala Okin, se basa en una visión masculina del mundo, en la que la mujer tiene asignados ciertos papeles de los que difícilmente puede salir. De ahí que una rama del movimiento feminista adoptara el eslogan “lo personal es político”, queriendo decir que, para las mujeres, las distintas áreas de la vida no pueden ser comprendidas de forma aislada. “Lo que significa para nosotras es que [...] lo que sucede en la vida personal, particularmente en las relaciones entre sexos, no es inmune a la dinámica de poder” (Okin, 1998).

En el tercer capítulo de su ya clásico libro *Las teorías de la justicia después de Rawls* (1999), Roberto Gargarella hace un excelente recuento de las miradas críticas que la “teoría de la justicia” de Rawls ha recibido. Las objeciones que se han hecho desde el frente feminista son muchas, por lo que éstas ocupan un lugar primordial en este conjunto. A continuación mencionaré dos de ellas, formuladas originalmente por Catharine MacKinnon y retomadas por Gargarella en la obra antes mencionada.

La primera crítica que considero esencial es la que tiene que ver con el individualismo ¿excesivo? que constituye uno de los pilares del liberalismo. En palabras de Gargarella: el liberalismo no reconoce que los individuos son algo más que átomos desconectados entre sí (Gargarella, 1999, p. 87). Esta crítica es relevante para las feministas porque, como resultado de esta visión centrada en el individuo, el liberalismo corre el riesgo de desconocer que las personas pueden sufrir ciertos tipos de discriminación que resultan difíciles de descifrar desde una posición radicalmente individualista.

Otro de los ataques feministas al liberalismo consiste en señalar que éste considera como libres ciertas elecciones que no deberían ser consideradas como tales. Desde la perspectiva feminista, el tema del maltrato en el hogar constituye un muy

³ Teóricos como Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, William Galston, Robert Nozick, y John Rawls, entre otros.

buen ejemplo. ¿Puede afirmarse que una mujer a la que su marido golpea constantemente es enteramente culpable de esta situación? Es decir, ¿su permanencia en casa debe interpretarse como una simple elección suya? Desde cierta clase de liberalismo podría considerarse que sí, y ése es justamente el liberalismo hacia el cual MacKinnon dirige su crítica.

En realidad, la autora acusa a este tipo de liberalismo de no tomar en cuenta que ciertas preferencias, lejos de ser absolutamente libres, están “contaminadas” por el contexto en el que son formadas; es decir, no son establecidas de manera autónoma por el individuo. Dichas preferencias han sido denominadas “adaptativas”, dado que están construidas con base en el abanico de restringidas posibilidades del cual dispone el sujeto que sufre una situación de opresión. Por eso que resulta falso que la mujer maltratada elija seguir viviendo con su ofensor, puesto que su decisión responde más bien a un mecanismo perverso que la hace desear solamente aquello que –en la precariedad de sus circunstancias– sabe que puede obtener. Este ejemplo nos ayuda a entender por qué MacKinnon insiste en que el liberalismo debería tener en cuenta el proceso de formación de este tipo de preferencias.

Además de las visiones feministas exploradas, Michael Walzer es uno de los pocos teóricos políticos contemporáneos que dedica algunas páginas al asunto de género en su libro *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983). Ahí, el autor descarta que la opresión de la que ha sido víctima la mujer provenga sólo de la dinámica familiar. La dominación real, asegura, tiene más que ver con la manera en que ha sido excluida de las demás esferas, tradicionalmente masculinas. Cercano al argumento de Okin, Walzer explica que la familia reproduce ciertas estructuras en el resto de las esferas, lo cual impone la dinámica de los roles de género a ámbitos para los que éste debería resultar irrelevante. Tal y como las fuerzas del mercado no deberían irrumpir en los lazos familiares, la dinámica familiar no debería tener influencia en las esferas que le son ajenas.

El porqué de la importancia de la representación política femenina puede ser analizado desde una infinidad de ángulos. Es importante que quede claro que el sucinto acercamiento teórico que este primer capítulo representa es sólo un intento de dar a conocer la dimensión que tiene el problema en un nivel filosófico.

En lo personal, considero que estos argumentos constituyen la base de cualquier discusión respecto a mujeres y política, de modo que tener un entendimiento al menos parcial de ellos es una condición necesaria –que no suficiente– para poder estudiar de manera seria asuntos como los mecanismos de acción afirmativa.

II. ¿Qué son las cuotas?

Las cuotas son el mecanismo de acción afirmativa más aplicado alrededor del mundo, y su objetivo es asegurar un nivel de participación mínimo para los grupos que, por uno u otro motivo, tienen dificultades insuperables para conseguirla. Dicho de otro modo, su finalidad es asegurar a grupos sociales desfavorecidos el acceso a ciertos cargos o posiciones. En particular, las cuotas de género se emplean para asegurar que una mayor cantidad de mujeres obtengan escaños en los parlamentos, mejorando así la proporcionalidad entre la población y sus representantes.

Idealmente, estas medidas especiales son de carácter temporal, y duran solamente el tiempo necesario para que la balanza alcance el equilibrio deseado y los objetivos que se tenían en mente hayan sido cumplidos.

Controversia

La visión actual sobre las cuotas está lejos de ser homogénea. Mientras que una gran parte de la población mundial las considera la única opción viable para compensar a las mujeres por las barreras –ya sean institucionales, culturales, sociales o económicas– que impiden una competencia justa, para otros constituyen una clara violación al principio de equidad, fundamental en cualquier democracia.

Un claro ejemplo de este encuentro de visiones es el debate que surgió cuando las cuotas empezaron a aplicarse en algunas de las universidades más prestigiadas de Estados Unidos. Con la idea de brindar oportunidades de ingreso a miembros de grupos desfavorecidos –personas de raza negra, particularmente– se tomaba en cuenta su pertenencia a dichos grupos en el desarrollo del proceso normal de admisión. Desde que se empezó a poner en marcha este tipo de medidas, ha habido quienes han declarado públicamente su inconformidad al respecto, incluso por vía legal.

Sin duda el debate da para mucho, pero es innegable que las cuotas han resultado ser una de las pocas herramientas eficaces para ayudar a superar la enorme cantidad de obstáculos que las mujeres tienen que enfrentar para poder competir mano a mano con un hombre (Dahlerup, 2003).

Como caso ilustrativo, resulta interesante lo ocurrido hace algunos años en Coahuila, cuando miembros del Partido Acción Nacional, oponentes a la cuota de género (aprobada en el estado en 2001), llevaron su caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el argumento de que éstas atentaban contra el principio de igualdad, establecido en el artículo 4º de la Constitución. En febrero del 2002 la Corte falló en su contra, señalando que las cuotas no transgredían en forma algu-

na dicho principio, puesto que no impedían que hombres y mujeres participaran en la contienda electoral en igualdad de circunstancias (Huerta, 2006).

Tipos de cuotas de género

En principio, es posible dividir los sistemas de cuotas de género en tres tipos: las que aplican a la reserva de candidatos potenciales, las que aplican a las mujeres nominadas y las que aplican a las candidatas que resulten elegidas.⁴ La mayoría de los sistemas de cuotas alrededor del mundo, incluyendo al mexicano, pertenecen al segundo tipo.

Otra posible clasificación es la que las divide en constitucionales, legislativas o de partido. La primera categoría goza del marco legal más robusto, pues está respaldada en la Constitución. Nepal, Filipinas, Uganda, Tanzania y Francia⁵ son ejemplos de países que han optado por este tipo de cuotas.

Por último, pero no menos importante, las cuotas pueden dividirse en obligatorias y recomendadas. Las cuotas obligatorias son las que, de no cumplirse, provocan algún tipo de sanción para los partidos. Las cuotas recomendadas son menos eficaces, dado que se parecen más a una declaración de principios que a una verdadera norma. Si se opta por establecer estas últimas, los partidos gozan de un amplísimo margen de discrecionalidad para incumplirlas.

Tabla 1. *Clasificación de las leyes de cuotas de género y su aplicación en México*

México			
Espacio de aplicación	Reserva de candidatas	Aplican en la reserva a partir de la cuál se seleccionan las candidaturas.	No
	Nominaciones	Aplican al número de candidatas nominadas por un partido político.	Sí
	Candidatas elegidas	Reservan escaños que solamente pueden ocupar mujeres.	No

⁴ Clasificación tomada de Dahlerup, 2003.

⁵ Cabe mencionar que en este país los partidos tienen oportunidad de pagar para “liberarse” de la cuota.

Tabla 1 (Continuación)

Marco legal	Constitucionales	La cuota está establecida en la Constitución.	Sí
	Legislativas	La cuota está establecida en alguna Ley.	Sí
	De partidos políticos	La cuota está establecida en los estatutos internos de los partidos.	Sí
Sanción	Recomendadas	Señalan un porcentaje recomendado, pero no especifican cómo satisfacerlo ni definen ninguna sanción por incumplimiento de éste.	Sí
	Obligatorias	Señalan un porcentaje y cómo debe satisfacerse. Prevé algún tipo de sanción en caso de incumplimiento.	Sí

Fuente: Elaboración propia, con base en clasificaciones de Dahlerup (2003).

Cuotas de género alrededor del mundo

En 1906, Finlandia se convirtió en el primer país en reconocer para sus mujeres los derechos a votar y a ser votadas. En la actualidad, todos los países del mundo han seguido esa tendencia, a excepción de Kuwait y los Emiratos Árabes Unidos.

Según datos del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA), para marzo del 2003, 50.2% de los países del mundo habían ya adoptado algún mecanismo de cuotas de género. La gama en que se hizo es muy amplia: desde las constitucionales y obligatorias, hasta las establecidas por partidos políticos que tardaron más en establecerlas que en encontrar la manera de no cumplirlas.⁶

La región en que las cuotas de género han resultado más exitosas es la península escandinava, pues su efecto fue estimulado por un conjunto de factores que impulsaron enormemente la participación femenina en política. En el 2002, por ejemplo, había 45% de mujeres en el Parlamento sueco y 38% en el danés y en el finlandés. Para Dahlerup (2003), este fenómeno se debe a ciertos cambios estructurales que se presentaron en estos países a mediados del siglo pasado, por ejemplo, el proceso de secularización, el desarrollo del Estado de bienestar, la fuerza de partidos socialdemócratas, el *boom* educativo de los años sesenta, la presión

⁶ IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance) y la Universidad de Estocolmo se encargaron de hacer la base de datos más grande al respecto, la *Global Database of Quotas of Women*. Ésta puede consultarse a través de Internet <www.quotaproject.org>, y resulta de gran utilidad para quien tenga interés de adentrarse en el tema en un nivel internacional. Otra base de datos interesante sobre el tema puede consultarse en <www.ipu.org>, la página de la Unión Interparlamentaria.

de grupos feministas y la incorporación masiva de las mujeres al mercado laboral. Resulta interesante que, en estas naciones, las cuotas entraron en vigor cuando las mujeres ya ocupaban aproximadamente 25% de los asientos legislativos.

La tabla que se presenta a continuación exhibe la clasificación de los diez primeros y de los últimos cuatro países en cuestión del porcentaje de mujeres en la Cámara baja, así como la posición de México.

Tabla 2. Clasificación de países según el porcentaje de mujeres en la Cámara baja

Posición	País	Año de la elección	% de mujeres en la Cámara baja
1	Ruanda	2003	48.8%
2	Suecia	2006	47%
3	Cuba	2008	43.2%
4	Finlandia	2007	41.5%
5	Argentina	2007	40%
6	Países Bajos	2006	39.3%
7	Dinamarca	2007	38%
8	Costa Rica	2006	36.8%
9	España	2004	36.6%
10	Noruega	2005	36.1%
41	México	2006	23.2%
129	Bahrain	2006	2.5%
130	Egipto	2005	1.8%
131	Papua Nueva Guinea	2007	0.9%
132	Yemen	2003	0.3%
Parlamentos sin presencia femenina en el mundo: 12			

Fuente: Elaboración propia con base en la clasificación de mujeres en los parlamentos hecha por la Unión Interparlamentaria: <<http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> (última actualización disponible: junio 2008).

De los países que ocupan los primeros diez lugares, sólo dos (Finlandia y Cuba) no tienen ningún tipo de cuota de género, cuatro aplican cuotas establecidas en forma constitucional o legal (Rwanda, Costa Rica, Argentina y España) y tres utili-

zan cuotas de partido voluntarias (Suecia, Noruega y Países Bajos) (Mujeres en el Parlamento, 2007). Por otro lado, de los últimos cuatro lugares de la lista, sólo en Egipto se ha puesto en marcha algún sistema de cuotas de género, pero éste fue cancelado en 1986.

Cuotas de género en América Latina

La década de los noventa fue testigo de la reacción en cadena que ocurrió en América Latina en materia de cuotas de género. Fue en 1991 cuando, con la “Ley de Cupos”, Argentina se convirtió en el primer país latinoamericano que las puso en marcha. Con el impulso de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing en 1995, el movimiento se aceleró considerablemente, y para 1998 once países más las habían implementado.

La diversidad de los sistemas de cuotas en los países latinoamericanos es notable. Además, en algunos países la introducción de éstos ha estado acompañada de algún tipo de ley de igualdad entre géneros, como la “Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres”, en México, o la “Ley de Igualdad Real”, en Costa Rica.

¿Cuál ha sido el impacto real de las cuotas en la región? Para analizar este punto, resulta útil examinar los datos que se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 3. *Composición por género de algunos congresos en América Latina*

Países con cuotas			
País	Elecciones	% de cuota	% de diputadas
Argentina	2001	30	30.7
Bolivia	1997	30	11.6
Brasil	1998	30	6.8
Costa Rica	2002	40	35
Ecuador	1998	30	14.6
México	2003	30	23.2
Panamá	1999	30	9.9
Paraguay	1998	20	2.5
Perú	2001	30	17.5
República Dominicana	1998	25	16.1
			Promedio →16.7%

Tabla 3 (Continuación)

Países sin cuotas		
País	Elecciones	% de diputadas
Chile	2001	12.5
Colombia	2002	12.6
El Salvador	2000	9.5
Guatemala	1999	8.8
Honduras	1997	9.4
Nicaragua	2001	20.7
Uruguay	1999	12.1
Venezuela	2000	9.7
		Promedio →11.9%

Adaptado de Peschard (2003).

A primera vista se puede afirmar que las cuotas han tenido un impacto positivo pero limitado en la región, puesto que, dejando de lado los exitosos casos de Argentina y Costa Rica,⁷ no hay una diferencia estadística importante entre los países que las han adoptado y aquellos que no lo han hecho. Al respecto, Peschard (2003a) advierte que, aunque las cuotas resultan muy útiles, no son el factor decisivo para garantizar la equidad de género. En otras palabras, el éxito de las cuotas no depende simplemente de que existan, sino del diseño de éstas. Es por eso que las leyes al respecto deben ser muy claras y específicas, ya que cualquier imprecisión corre el peligro de convertirse en un recoveco en el cual los partidos políticos pueden albergarse para no cumplirla. Adicionalmente, no está de más la existencia de un organismo confiable que vigile su cabal cumplimiento.

III. El voto femenino en México: un largo camino

Durante las últimas décadas han ocurrido procesos de cambio que convergieron en la necesidad de abrir oportunidades y otorgar más poder a las mujeres. Esto ha intentado hacerse desde diferentes frentes y mediante un sinfín de medidas: aumentar la equidad política, social y económica, garantizar el respeto a los derechos humanos o asegurar el acceso a la salud y educación de calidad.

⁷ Sobre este par de casos vale la pena consultar los artículos de Mark Jones (1998 y 2004).

En la gran mayoría de las naciones, este proceso de empoderamiento ha sido lento y áspero. México —ejemplo perfecto de supremacía masculina, escisiones sociales profundas y política autoritaria— no es la excepción.

La Revolución Mexicana fue el primer momento histórico en que las mujeres tomaron un papel activo en la vida política y social del país. En este sentido, significó un parteaguas en asuntos de género. Durante aquellos años, la participación de las mujeres fue importante en varios ámbitos, desde el de sus ocupaciones tradicionales como amas de casa hasta el militar. Se dedicaron a difundir las ideas revolucionarias, fueron enfermeras, cocineras, espías e incluso algunas llegaron a ocupar puestos de mando, alcanzando grados dentro del escalafón militar.⁸

Sin embargo, cuando fue momento de redactar la Constitución de 1917, se decidió negar el voto a las mujeres, con la evidencia de que la ausencia de un movimiento femenino colectivo implicaba que éstas no estaban interesadas en participar en asuntos públicos (Tuñón, 2006). También se argumentó que el hecho de que algunas mujeres, de manera excepcional, tuvieran la capacidad de ejercer ciertos derechos políticos no quería decir que dichos derechos pudieran cedérselo a todas. Y la dificultad que implicaba hacer la selección sustentaba la negativa de estos derechos (Rascón, 1979).

Además de las ya mencionadas, hay varias razones por las que los primeros gobiernos posrevolucionarios tomaron la decisión de excluir a las mujeres. Peshard (2003b), por ejemplo, señala que algunas de ellas fueron la escasa preparación educativa que éstas tenían, su alejamiento de los asuntos públicos y la fortaleza del papel doméstico tradicional que, aunado al catolicismo dominante, constituía una barrera difícil de superar. Por otro lado, la estructura política mexicana funcionaba —todavía lo hace— a partir de códigos masculinos de los cuales las mujeres estaban absolutamente marginadas.

El cambio comenzó a partir de los años veinte, cuando la clase media que había empezado a forjarse durante la Revolución empezó a robustecerse. En 1923, se formaron las dos primeras organizaciones femeniles mexicanas: el Consejo Feminista Mexicano —dirigido por Elena Torres y Refugio García— en el Distrito Federal, y la Unión de Mujeres Americanas —al mando de Margarita Robles de Mendoza— en Morelos. A pesar de las diferencias que surgieron entre estos grupos, el movimiento femenino obtuvo frutos rápidamente: para 1925 se concedió igualdad política a las mujeres en Yucatán, San Luis Potosí y Chiapas.

Para la década de los treinta el movimiento había adquirido gran importancia, sobre todo debido al impulso dado por el cardenismo. En 1937 el entonces presidente Lázaro Cárdenas afirmó que: “En México el hombre y la mujer [padecen]

⁸ Quien esté interesado en este tema encontrará atractivo el libro *La mujer en la Revolución Mexicana*, de Ángeles Mendieta Alatorre (ed. Talleres Gráficos de la Nación, 1961).

paralelamente de la misma deficiencia de preparación, de educación y de cultura, sólo que aquél se ha reservado para sí derechos que no se justifican”.⁹ Esta declaración exaltó los ánimos del movimiento feminista que llevaba ya más de una década de vida. Muchas mujeres se movilizaron: organizaron manifestaciones, conferencias e incluso una huelga de hambre frente a la casa del presidente Cárdenas quien, ante la presión, prometió enviar al Congreso una iniciativa de ley para otorgar el derecho a voto a la población femenina. Durante su Informe al Congreso, en ese mismo año, el mandatario presentó y defendió su propuesta. Pocos días después la iniciativa se turnó a la Cámara de Diputados, donde se aprobó por unanimidad. Las felicitaciones no se hicieron esperar: grupos nacionales e internacionales celebraron con entusiasmo la medida. Desafortunadamente, por motivos políticos, la publicación del decreto se pospuso durante todo el periodo: se temía que las mujeres –influidas por la Iglesia– mostraran preferencias políticas conservadoras y apoyaran al candidato del Partido Revolucionario de Unificación Nacional (PRUN), el general Juan Andrew Almazán (Tuñón, 2006 y Peschard, 2003b).

Tuvieron que pasar más de veinte años para que las mujeres adquirieran el derecho a votar, al menos parcialmente. Digo parcialmente porque, en 1947, esto ocurrió sólo en el ámbito municipal. No fue hasta 1953 que, durante la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines, la plena ciudadanía fue otorgada a la mujer en el ámbito federal. De esta manera, el derecho a elegir a sus representantes se convirtió en una realidad para todos los mexicanos, pero el derecho a ser elegido avanzó lentamente hasta antes de la década de los noventa.

En 1954, un año después de que las mujeres adquirieran el derecho a votar, la primera diputada en la historia de nuestro país se incorporó, por Baja California, a la XLII Legislatura Federal. A partir de entonces, la participación femenina en los tres ámbitos del aparato estatal ha estado en crecimiento constante. Las proporciones más significativas se advierten en el Poder Judicial, donde en 1994 constituían 19.2 % de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, 33 % del Tribunal Superior de la Federación y 15 % de las magistraturas (Martínez y Liedo, 1995). En el otro extremo está el Poder Ejecutivo, en que los porcentajes no superan el dígito de las unidades en secretarías, subsecretarías y direcciones generales en las tres esferas de gobierno. La rama legislativa está en el punto medio, dado que el crecimiento ha sido lento pero sostenido desde mediados de la XLII Legislatura (1952-1955). En términos cuantitativos, apenas al final del decenio se ha podido sobrepasar el límite de minoría marginal, de carácter testimonial o simbólico (De Barbieri, 2003).

⁹ Expediente 544/1, Fondo Lázaro Cárdenas, Archivo General de la Nación.

Las cuotas de género en México

En nuestro país, la Constitución Política prohíbe, en su artículo primero, toda discriminación, y en el artículo cuarto garantiza el derecho de igualdad entre el varón y la mujer. Además, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres ordena poner en marcha medidas para lograr dicha igualdad en todos los ámbitos. La Ley destaca, en su artículo 35, que “la política nacional propondrá los mecanismos de operación adecuados para la participación equitativa entre mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas y socioeconómicas”. Más adelante, en el artículo 36, plantea “evaluar por medio del área competente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de elección popular” y “promover la participación y representación equilibrada entre mujeres y hombres dentro de las estructuras de los partidos políticos” (LGIMH, 2006).

En materia de cuotas de género, fue en 1993 cuando se hizo la primera mención de la necesidad de alentar una competencia electoral más equitativa entre hombres y mujeres en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE). A partir de entonces, éste se ha modificado en dos ocasiones, en el intento de corregir las ambigüedades que estaban presentes en 1993.

Tabla 4. *La legislación de cuotas de género en el COFIPE*

Año	Comentario
1993	Se modifica la fracción 3 del artículo 175 del COFIPE, con lo que queda establecido que “Los partidos políticos promoverán, en los términos que determinen sus documentos internos, una mayor participación de las mujeres en la vida política del país mediante su postulación a cargos de elección popular”.
1996	Se aprueba la adición al transitorio XXII del COFIPE que señala: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores no excedan de 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de las mujeres”.

Tabla 4 (Continuación)

2002	<p>Art. 175-A: “De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de diputados como de senadores, que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el IFE, en ningún caso incluirán más de 70% de candidatos propietarios de un mismo género”.</p> <p>Art. 175-B: “Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de lo que señale la normatividad interna y el procedimiento de cada partido político”.</p> <p>El Art. 175-C integra lo que sigue: “1.- Hecho el cierre del registro de candidaturas, si un partido político o coalición no cumple con lo establecido en los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE le requerirá en primera instancia que, en el plazo de 48 horas contadas a partir de la notificación, rectifique la solicitud de registro de candidaturas y lo apercibirá de que, en caso de no hacerlo, le hará una amonestación pública. 2.- Transcurrido el plazo al que se refiere el párrafo anterior, quien no realice la sustitución de candidatos será acreedor a una amonestación pública. En caso de reincidencia, se sancionará con la negativa del registro de las candidaturas correspondientes. 3.- Quedan exceptuadas las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante el voto directo”</p>
------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Reynoso y D'angelo, 2006.

Como podemos ver en la tabla anterior, la modificación aprobada en 1993 simplemente ordenaba a los partidos promover una mayor participación de las mujeres en la vida política del país. Dada la generalidad del mandato y la falta de sanción en caso de incumplimiento, dicha reglamentación constituía, en el mejor de los casos, una sencilla declaración de principios. Su relevancia fue más bien simbólica, dado que ubicó el tema en la agenda política.

Las modificaciones posteriores incorporaron especificaciones sobre el funcionamiento de las cuotas de género. En la reforma de 1996 se estipuló 70 % como máximo para candidatos del mismo género, pero dejaba un hueco al no especificar si se trataba de candidaturas efectivas o seguras.¹⁰ Seis años después, la reforma de 2002 eliminó este problema al aplicar dos candados en las listas de representación proporcional: el mandato de posición en las cinco circunscripciones plurinominales y la ordenación en segmentos de tres candidaturas en la lista plurinomial. En este mismo sentido, se estableció una sanción en caso de incumplimiento. Por el otro lado, se agregó otro punto esencial mediante el cual se establece que la Ley no aplica para los partidos que recurren a elecciones primarias para establecer sus candidaturas. En principio, ésta es una medida por demás razonable, puesto que las cuotas no pueden aplicar cuando los candidatos no están designados directa-

¹⁰ Los primeros lugares de las listas plurinominales, así como las candidaturas en distritos uninominales respecto de los cuales el partido conoce de antemano una probabilidad de éxito segura, son consideradas candidaturas “seguras”.

mente por el partido político. El problema no es la excepción en sí, sino los mecanismos para comprobar que efectivamente se celebró una elección interna para elegir a los candidatas. Dado que en nuestro país resulta sencillo reportar que dichas elecciones fueron llevadas a cabo sin que haya sido así, el hecho de que se establezca una excepción al cumplimiento de las cuotas de género por elección interna corre el peligro de generar recovecos en que los partidos pueden encubrirse para incumplir la Ley (Reynoso y D'angelo, 2006).

III. El éxito de las cuotas de género en México

Si nos detenemos a observar la tendencia histórica del porcentaje de mujeres en la Cámara de Diputados Federal, podemos darnos cuenta de que, a excepción de 1994, éste ha ido en aumento lento pero sostenidamente (Cfr. *ibid.*). Pero dicho aumento no puede atribuírsele por completo a las cuotas de género, pues algo similar ha ocurrido en el Senado de la República (donde éstas no se han adoptado).

Es bien sabido que, en las elecciones legislativas de julio de 2003, el PAN sufrió una rotunda derrota: perdió 54 escaños en la Cámara de Diputados, la gubernatura del estado de Nuevo León y a todos sus representantes de mayoría en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF). Pero en esa elección ocurrió otro fenómeno, menos atendido por los medios pero de gran relevancia. Las modificaciones hechas al COFIPE en materia de cuotas de género en 2002 rindieron frutos, elevando el porcentaje de mujeres en la Cámara de Diputados en siete puntos porcentuales, alcanzando así un 23 % nunca antes visto. Al respecto, Baldez (2004) hizo algunos hallazgos interesantes. Para empezar, en la elección mencionada, todos los partidos cumplieron –e incluso rebasaron– con el porcentaje de candidatas estipulado en la legislación. Pero no podemos dejar de lado la otra cara de la moneda: muchos partidos, particularmente el PRI, recurrieron a elecciones primarias, o bien fingieron haber recurrido a ellas, para designar a sus candidatos, por lo tanto quedaron exentos de la Ley. Además, los tres principales partidos colocaron a la mayoría de sus candidatas en posiciones en que la probabilidad de acceder al escaño eran pocas o ninguna.

Esto resulta relevante porque, como mencioné algunas páginas atrás, el éxito de las cuotas no depende de su mera existencia, sino de los candados que se apliquen en su diseño para impedir que sean cumplidas de manera parcial y engañosa. De lo contrario, la Ley es sólo un cúmulo de buenas intenciones, e incluso parecería que ésta ha funcionado más como incentivo para que los partidos recurran a elecciones primarias para elegir a sus candidatos que como un mecanismo de acción afirmativa (Cfr. Baldez, 2004).

Cuotas de género en los congresos locales

Dado que se pretende estudiar las legislaturas estatales mexicanas, es fundamental tener un panorama claro de la manera en que la participación femenina en éstas ha evolucionado a raíz de la introducción del sistema de cuotas. En pocas palabras, ¿qué es lo que determina que las mujeres estén “mejor representadas” en un estado que en otro?

El tema resulta relevante por varios motivos. Principalmente, es necesario saber qué medidas resultan eficientes para incentivar a las mujeres (o, en todo caso, a sus partidos) a lanzarse a competir por escaños legislativos. Asimismo, es importante establecer los mecanismos adecuados que permitan a dichas mujeres ir más allá de las campañas y tener una posibilidad real de ganar. Tengamos en mente que, como señala Fugiero (2003), una persona, sea hombre o mujer, solamente va a lanzarse como candidato si dicha posibilidad existe.

México es una *república* representativa, *democrática* y *federal*, cuyo gobierno está basado en un *sistema presidencial*. Los 31 estados que constituyen la federación son soberanos y gozan de autonomía en su administración interna. Además, cada uno tiene su propia Constitución y su propio código de procedimientos electorales, así como autoridades electorales propias (los consejos e institutos electorales estatales). En materia legislativa, cada entidad cuenta con un Congreso de tamaño variable, que elige a sus legisladores en una combinación de distritos uninominales de mayoría relativa y un distrito plurinominal de representación proporcional. Este brevísimo esbozo de nuestro sistema político basta para adivinar que no existe una regla homogénea para la aplicación de cuotas de género, ni entre los partidos políticos ni entre las legislaciones electorales estatales.

Como era de esperarse, la primera modificación en materia de género hecha al COFIPE en 1996 ocasionó un efecto bola de nieve en las legislaturas locales: el proceso comenzó en Chihuahua y, para 2003, 75 % de los estados habían implementado algún tipo de cuota de género en sus congresos. Hoy son 84 por ciento.¹¹

La mayoría de las leyes de cuotas en los estados establecen un porcentaje máximo de 70 % de legisladores de un mismo género, lo cual, en la práctica, significa un mínimo de 30 % de mujeres. Pero para que esto suceda es imprescindible que la Ley al respecto sea clara y no deje lugar a ciertas trampas, como cubrir la cuota con suplentes o colocar a las mujeres en los últimos lugares de las listas. También es esencial establecer sanciones en caso de incumplimiento si no queremos que las cuotas se conviertan en una simple declaración de principios.

¿Cómo medir el éxito de las cuotas? Tanto en Estados Unidos como en algunos países de Europa el tema lleva varias décadas en la agenda. Un estudio de

¹¹ Las excepciones son Baja California, Chiapas, Nayarit, Nuevo León y Tabasco.

Werner (1968), por ejemplo, señala que hasta finales de la década de los sesenta hubo muy pocos reportes sobre participación femenina en las legislaturas locales alrededor del mundo. En esos años, ellas reportaban tener dificultades para incorporarse a la vida pública, como el sentir adverso de la ciudadanía, las limitaciones impuestas por las costumbres sociales, los conflictos entre permanecer al cuidado de la familia e iniciar una carrera política y ciertas características emocionales o físicas. En 1987, Rule se propuso averiguar cuáles son las condiciones que aumentan las oportunidades para que las mujeres ocupen cargos en los Congresos Nacionales de veintitrés países democráticos. La autora concluye que el tipo de sistema electoral es el factor que mejor predice el porcentaje de mujeres en una legislatura determinada.

En cuanto a estudios sobre los efectos de cuotas en legislaturas estatales, existen dos ejemplos notables. Para hacerlo por orden cronológico, empiezo con el que Jones realizó sobre las cuotas en las provincias argentinas en 1998. El caso de Argentina es particularmente importante, por ser el país pionero en este tipo de mecanismos y por las similitudes y diferencias que tiene con el sistema electoral mexicano. Los resultados de su estudio mostraron que las cuotas efectivamente tienen un efecto sobre la participación de mujeres en las legislaturas locales. Sin embargo, también recalco que hay que poner especial atención al “ambiente” en el cual se implementan las cuotas. Es decir, hay que revisar otros factores institucionales como el tipo de lista, la magnitud de los distritos electorales, grado de centralización e institucionalización del partido y las reglas de financiamiento de los partidos.

El segundo estudio es el de Reynoso y D’angelo (2006). En él, los autores analizan el incremento que ha tenido a lo largo del tiempo el porcentaje de mujeres electas en las legislaturas subnacionales mexicanas a partir de dos aspectos: una tendencia histórica a un incremento paulatino y constante desde 1952 y las reformas institucionales de la última década. El análisis se realiza a partir de un modelo de regresión longitudinal con efectos fijos. Los hallazgos son interesantes: en los estados cuya Ley electoral posee una legislación de cuotas adecuadamente diseñada, se suelen presentar entre 5 y 6.4 puntos porcentuales más de mujeres que los que no poseen esta reglamentación.

En un estudio realizado el año pasado (Zapata, 2009), se propusieron un par de modelos de regresión lineal que intentaban medir el impacto de ciertas variables¹²

¹² Variables político-institucionales: cuota, porcentaje de la cuota, lista, posición, propietario, sanción, excepción por elección interna, gobernadora. Variables socioeconómicas y culturales: participación femenina en la economía, índice de desarrollo humano, porcentaje de hogares encabezados por mujeres, porcentaje de población indígena. Para una explicación más detallada de estas variables y de cómo se incluyeron en el modelo, véase Zapata, 2009.

en el porcentaje de mujeres en las legislaturas locales. Entre los hallazgos más interesantes de dicha investigación estuvieron los siguientes:

El nivel de desarrollo humano de una sociedad tiene un impacto mayúsculo en la participación femenina en política, lo cual puede deberse a que las mujeres que viven en sociedades avanzadas en este sentido están mejor preparadas y, por consiguiente, tienen más herramientas y una mayor disposición a involucrarse en la vida pública. Por otro lado, los resultados del estudio confirman que la participación política femenina está altamente relacionada con la educación y la calidad de vida (medida en esperanza de vida), así como con el PIB per cápita. Es importante tener esto en mente, pues constituye una señal de las áreas en donde hay que concentrar esfuerzos para aumentar la participación femenina. En este sentido, los resultados arrojaron que, en los estados que han sido gobernados por una mujer, el porcentaje de mujeres aumenta. Lo mismo ocurre con el porcentaje de hogares encabezados por mujeres: el porcentaje de mujeres en la legislatura de un estado aumenta a medida en que hay más hogares que tienen como jefe de familia a una mujer.

En el segundo modelo del estudio, la variable “cuota”¹³ se descompuso en los candados con que se asegura su buen funcionamiento. Con candados me refiero a los componentes que se incluyen en el diseño de la cuota para evitar que ésta sea violada. Por ejemplo, el porcentaje de la cuota, el que ésta aplique en propietarios y no en suplentes (“propietarios”), el que las mujeres nominadas no estén en los últimos lugares de las listas de representación proporcional (“listas”) o el que se especifique alguna sanción por incumplimiento. El haber trabajado con dos modelos distintos –ambos con “porcentaje de mujeres en la legislatura” como variable dependiente, pero uno con “cuota” y el otro con sus componentes como independientes– permite sacar algunas conclusiones interesantes. Por ejemplo, aunque en el primer modelo la variable “cuota” resulta positiva y estadísticamente significativa, cuando es analizada de manera desagregada (por componentes), solamente “lista” y “propietario” presentan una correlación significativa y positiva con la variable dependiente. Esto significa, quizá, que éstos son los dos candados más importantes y los que más deben atenderse en el diseño de las cuotas de género.

Conclusión

Sin duda alguna, la participación de las mujeres se ha convertido en un tema esencial en la agenda política de la mayoría de los países del mundo. Se trata de

¹³ Se trata de una variable dicotómica a la que se le asigna el valor de uno si la cuota existe y de cero si no existe en la legislación.

un asunto que no puede dejarse en el olvido, puesto el sector de la sociedad en el que ha encontrado eco no está dispuesto a serenar sus exigencias. No debe olvidarse que la equidad de género, como se le ha llamado en un sentido amplio, no es una demanda exclusiva de mujeres sino un principio fundamental en el funcionamiento de cualquier democracia que pueda ser considerada como tal.

En México aún no alcanza a verse el final del largo camino que se ha recorrido desde que surgieron las primeras demandas feministas. Debemos tener en mente que el éxito de las cuotas de género depende en gran parte de su diseño. Es decir, su sola existencia es insuficiente, es necesario que éstas tengan candados que eviten que los partidos puedan incumplirlas. Si no se toma en cuenta esto, se corre el riesgo de que las cuotas de género permanezcan siendo una linda declaración de principios con cierto valor simbólico pero sin impacto efectivo alguno.

En segundo lugar quiero recalcar que, para realmente avanzar en materia de equidad de género, es esencial que haya un cambio social profundo. No cabe duda que las sociedades avanzadas en este aspecto representan un campo más fértil para la participación femenina. En ellas, las mujeres tienen más herramientas para integrarse en la vida pública.

Aumentar las condiciones de equidad de género es una tarea que no puede ser aplazada, pero la prisa no debe hacer que se tome con ligereza. De nada sirven las buenas intenciones, es necesario establecer cuotas que funcionen de manera eficiente y que no dejen lugar a la inobservancia por parte de los partidos políticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Baldez, Lisa, "Elected Bodies II: The Impact of Gender Quotas in Mexico", artículo presentado en "Pathways to Power: Political Recruitment and Democracy in Latin America", *Wake Forest University*, 2-4 Abril 2004.
- Bobbio, Norberto y Nicola Matteucci, *Diccionario de política*, España, Siglo XXI, 1982.
- Camp, Roderic, "Women and Political Leadership in México: A Comparative Study of Female and Male Political Elites", en *The Journal of Politics*, vol. 41, núm.2, 1979.
- Cobo, Rosa y Raquel Osborne, "Género, feminismo y teoría política", en Eric Herrán (coord.), *Filosofía política contemporánea*, México, UNAM, 2004.
- Conway, Jill, Susan Bourque y Joan Scott, "El concepto de género", en Marta Lamas (coord.), *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, UNAM, 1996.
- Dahlerup, Drude, "De una pequeña a una gran minoría: una teoría de la `masa crítica' en la política escandinava", en *Debate Feminista*, núm.8, 1993.
- _____, "Quotas are changing the History of Women", ponencia presentada en International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) / Electoral Institute of Southern Africa (EISA) / Southern Africa Development Community (SADC) / Parliamentary Forum Conference: "The Implementation of Quotas. African Experiences", Pretoria, Sudáfrica, 11-12 noviembre 2003.
- De Barbieri, Teresita, *Género en el trabajo parlamentario: La legislatura mexicana a fines del siglo XX*, México, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2003.
- Fugiero *et.al.*, "Electoral System and Gender Representation in Sub-National Legislatures: Is There a National--Sub-National Gender Gap?", en *Political Research Quarterly*, vol. 56, núm.2, 2003.

- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, España, Paidós, 1999.
- Huerta, Magdalena y Eric Magar (coords.), *Mujeres legisladoras en México: avances, obstáculo, consecuencias y propuestas*, México, 2006.
- Jones, Mark P., "Gender Quotas, Electoral laws, and the Election of Women: Lessons from the Argentine Provinces", en *Comparative Political Studies*, 31, 1998.
- _____, "Quota Legislation and the Election of Women: Learning from the Costa Rican Experience", en *Journal of Politics*, 66, 2004.
- Lamas, Marta (coord.), *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual, México*, UNAM, 1996.
- _____, "Género, diferencias de sexo y diferencia sexual", en *Debate Feminista* año 10, vol. 20, 1999.
- Okin, Susan, *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989.
- Pacheco, Lourdes (coord.), *Cuando la democracia nos alcance: sistemas de cuotas y agendas de género en Baja California Sur, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, Jalisco y Nayarit*, México, Casa Juan Pablos, 2007.
- Peschard, Jacqueline, "The Quota System in Latin America: General Overview", en *Women in Parliament: Beyond Numbers*, IDEA, 2003a.
- _____, "Medio siglo de participación política de la mujer en México", en *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, núm. 2, julio 2003b.
- Pitkin, Ana, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1971.
- Rascón, María Antonieta, "La mujer y la lucha social en la historia de México", en *Cuadernos Agrarios*, núm. 9, México, 1979.
- Reynoso, Diego y Natalia D'angelo, "La ley de cuota y su impacto en la elección de mujeres en México", en *Política y Gobierno*, vol.13, núm.2, 2006.
- Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, España, Paidós, 1994.
- Thomas, Sue, "The impact of Women on State Legislative Policies", en *The Journal of Politics*, vol. 53, núm.4, 1991.
- Tuñón, Enriqueta, "La incorporación de las mujeres a la vida política nacional", en *Avances de la perspectiva de género en las acciones legislativas: Compendio*, México, Santillana, 2006.
- Walzer, Michael, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983.
- Werner, Emmy, "Women in the State Legislatures", en *The Western Political Quarterly*, vol. 21, núm.1, 1968.
- Young, Iris, *Justice and the Politics of Difference*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990.
- Zapata, Isabel, *Cuotas de género en los congresos locales mexicanos: una aproximación empírica a un debate normativo*, ITAM, 2009.

Leyes

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFPE).

“Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres”, promulgada en agosto de 2006.

DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO, ACCIONES COLECTIVAS Y GÉNERO

Martin Böhmer

Introducción

Hace unos quince años, hacia fines de 1995, escribí un artículo en el que analizaba las dificultades para el desarrollo de la práctica del derecho de interés público (DIP) en la Argentina. Su último párrafo afirmaba lo siguiente:

La preocupación por la presencia en la deliberación pública de los afectados (tanto de las mayorías como de las minorías silenciosas) que se logra reduciendo los costos de organización y de información y que tiende a una mayor imparcialidad, la confianza en el proceso legal como una práctica de análisis crítico de argumentos que tiende a promover una mayor racionalidad en la discusión, y el contar con un procedimiento de recolección de evidencias que garantiza mejor que otros el conocimiento de los hechos relevantes hacen del derecho de interés público no sólo el resultado necesario de una concepción particular de la democracia, sino también una de sus mejores estrategias.

La falta de este tipo de práctica democrática, en realidad, la existencia de una práctica que la niega, explica la ausencia del DIP en la Argentina. Optar por hacerlo realidad requeriría una serie de cambios en los “presupuestos culturales y filosóficos” (e institucionales) tal, que cierto escepticismo se encuentra justificado.¹

¹ Martin Böhmer, “Sobre la inexistencia del Derecho de Interés Público en la Argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, núm. 1, abril, 1998.

A pesar de la nota pesimista del final, yo formaba parte de quienes, ya en esa época y en toda la región trabajaban para refutar mi vaticinio. En efecto, en los años finales del siglo xx y acompañando una serie de transformaciones radicales del espacio público latinoamericano (y global), las profesiones del derecho llevaron adelante una transformación de sus prácticas sólo comparable a la que produjo el movimiento codificador del siglo xix.

Lo que hace sólo quince años en Latinoamérica parecían movimientos esporádicos, situaciones excepcionales y decisiones individuales hoy es práctica institucional aceptada. La práctica del DIP ha modificado el trabajo de los abogados y las abogadas, ha creado instrumentos para aumentar la incidencia de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño, discusión, implementación y control de las políticas públicas, ha obligado a los parlamentos a debatir cuestiones a las que se resistían, ha permitido aumentar el control de la administración pública y de los actos de gobierno en general, ha logrado forzar el cumplimiento judicial de normas despreciadas por los poderosos y ha puesto en la agenda de la deliberación pública temas que eran ignorados, entre otros logros que analizaré más adelante.

Sin embargo, estos desarrollos pasan a veces inadvertidos y son como el agua para el pez, aspectos de la práctica diaria que ya tomamos como dados. La relación entre el DIP y el género es una parte de esa práctica y una buena excusa para volver sobre ella desde un ángulo particularmente privilegiado.

En el contexto del DIP, el tema del género fue desde el comienzo un área de relevancia fundamental. El retraso de la legislación en reconocer la igualdad y el derecho a la no discriminación de las mujeres, el avance de las organizaciones sociales, la existencia de textos constitucionales y de tratados internacionales con mandatos explícitos y la multiplicación de las jurisdicciones dispuestas a oír los reclamos y a actuar en consecuencia conformaban el contexto perfecto para la unión de la lucha por la reivindicación de los derechos y los procesos que el DIP intentaba articular.

Como veremos más adelante, el DIP es una de las prácticas que nacen con el advenimiento de la fase constitucional de la política latinoamericana. Es una de las formas que adquiere la política cuando se le agregan a las reglas del juego de la democracia mayoritaria el lenguaje y las prácticas de los derechos constitucionales. En el caso particular del género esta transformación puede agregar un argumento que por ser cuantitativo no deja de ser poderoso.

En efecto, las democracias latinoamericanas tienen el clásico problema de que la regla de la mayoría puede producir daños a las minorías insulares, a las que excluye por la dinámica que ella impone al juego de la política al brindar incentivos para hablar siempre a los mismos, dado que son quienes aseguran el control de los aparatos mayoritarios del poder: los órganos ejecutivos y los legislativos. Pero además de esa falla clásica de toda democracia, nuestros sistemas democráticos

dejan afuera de la deliberación y (por lo tanto) de los beneficios de las políticas públicas también a colectivos mayoritarios y de esta manera los aísla y discrimina aún más sumando la violación de los derechos constitucionales a las ofensas históricas que nuestra región se distingue por continuar produciendo. Son ejemplos de grupos que se encuentran en esta circunstancia las personas en situación de pobreza e indigencia, los pueblos originarios y las mujeres. Estas brutales fallas del sistema político son parte importante de la justificación de la intervención judicial en el ámbito de las violaciones a los derechos en virtud del género y la explicación de la cercanía de la práctica del DIP con esta lucha.

I. De dónde venimos

Las fallas del sistema mayoritario en muchos de los países de la región no son sino la consecuencia de la forma de gobierno que estos países acordaron en su fundación o mediante las reformas que fueron realizando, sobre todo durante el siglo XIX. Fue durante ese siglo que las élites dirigentes, luego de luchar la guerra de la independencia y las diversas guerras civiles, deciden tener como enemigo principal a la anarquía, suponiendo que el orden y la cuidadosa creación y administración del Estado nacional atraerían capitales y producirían el anhelado crecimiento económico. La cuestión de la democracia y el acceso a los derechos quedaría para más adelante.

De esta forma se prefirió el presidencialismo al parlamentarismo, la necesidad de la sanción de códigos federales y la formación de los operadores del derecho en el formalismo dogmático a la deliberación judicial, la concentración de poder en megalópolis a la distribución de la palabra en comunidades con capacidad de auto gestionarse. Así, en la medida en que el sistema debía producir una alta concentración de poder para evitar la anarquía de los caudillos, esa pesadilla de la permanente disputa territorial por la hegemonía en la distribución del poder político, entonces la respuesta vino de la mano de la creación de un órgano ejecutivo poderoso que tuviera la posibilidad de exorbitar su poder cada vez que fuera necesario. Con esta decisión se produce la irrelevancia del órgano parlamentario, que acompaña acriticamente a la figura presidencial cuando ella es exitosa en la acumulación de poder.

En la faz jurídica, los códigos producen la unitarización de los sistemas federales cuando los hay, y acentúan el unitarismo cuando éste es el caso. En efecto, en los primeros la sanción de los códigos nacionales produce la expropiación *ipso facto* de todos los temas que ellos regulan por parte del gobierno nacional a los gobiernos provinciales, pero en ambos esta tendencia se acentúa cuando se agrega

a este gesto la importación de la ideología codificadora y formalista de la dogmática jurídica.

La codificación es la manera en que se articula la idea formalista que pretende que los sistemas jurídicos son sistemas normativos completos y consistentes y que las palabras de la ley pueden estar exentas de problemas semánticos. Los códigos, que son las herramientas jurídicas por excelencia de esta ideología, pasan a poseer una legitimidad que los pone por encima de las leyes ordinarias, siendo ellos mismos una de ellas, de tal forma que la reforma legislativa de sus contenidos se hace muy difícil y sólo posible cuando se plantea (en virtud de su pretendida coherencia interna) *in totum*.

Una vez dictados los códigos, es poco lo que les queda por hacer a los parlamentos, puesto que su aplicación regula la mayor parte de la vida de la sociedad civil en casi todos los ámbitos de la vida humana, desde la cuna hasta la tumba. Así, queda en manos de los poderes ejecutivos el día a día de la administración y en los judiciales la aplicación relativamente pacífica de la ley. Digo relativamente pacífica porque ello depende de la capacidad de la cultura jurídica codificadora de establecerse como un dogma no discutido entre los operadores del derecho y es aquí donde viene el auxilio de la enseñanza del derecho en primer término y de la doctrina después.

La enseñanza dogmática (memorista, basada en los textos de la ley, negadora de las dificultades de la aplicación de las palabras del derecho o de los problemas que acarrea su práctica) reproduce el texto del código y lo presenta como un sistema cerrado y completo, excluyente de otros sistemas y en particular independiente de la Constitución. A medida que pasa el tiempo y que la jurisprudencia va descubriendo problemas y solucionándolos pretendiendo que lo hace dentro de las cuatro esquinas del código, la doctrina enriquece la práctica formulando tratados para aumentar los recursos lingüísticos de la actividad dogmática y manuales para enseñarlos en las facultades de derecho.

Este desarrollo dogmático despolitiza el derecho, alejándolo de las exigencias constitucionales con lo cual a la irrelevancia de los poderes legislativos le agrega la irrelevancia del Poder Judicial que es ahora un mero aplicador de los acuerdos semánticos de la codificación dogmática. En definitiva, el sistema vuelve irrelevante a la Constitución (lo que los viejos constitucionalistas llamaban el efecto meramente programático de los textos) dejando en manos del Poder Ejecutivo la administración de la cosa pública.

Este sistema institucional se encarna en una práctica diaria del derecho en la cual la discusión se centra en violaciones individuales de derechos, en general mediante demandas para lograr la aplicación de la ley en casos en los cuales la contraparte se niega a cumplir con sus obligaciones o en los menos numerosos en los que se hace difícil decidir sobre el entendimiento correcto de alguna norma. Las

decisiones en estos casos suelen ser remediales en el sentido en que llegan después de ocurrido el daño y que sólo están disponibles para aquellos que puedan acceder a la jurisdicción.

Respecto de este último requisito, el de la posibilidad de acceso, el sistema al que estábamos acostumbrados tomaba como natural el hecho de que sólo aquellos que conocían sus derechos y las particulares (por complicadas) formas de acceder a ellos, llegaban a estas instancias (como la de contratar un abogado cuando la profesión mantiene el monopolio de este acceso) y podían pagar los costos (que muchas veces incluía el de la corrupción), recién entonces estaban habilitados a discutir su reclamo en la instancia judicial. Así, los colectivos tradicionalmente excluidos de la deliberación pública sumaban una ofensa más a la práctica histórica de la desigualdad estructural.

Así, vivimos durante décadas dentro de una práctica política excluyente que permeaba no sólo las instituciones fundadas en la regla de la mayoría, sino también aquellas llamadas a contrarrestar las fallas de la democracia defendiendo los derechos que surgen de la promesa constitucional. Mi pesimismo respecto de la posibilidad de trabajar desde el Poder Judicial en la defensa de los derechos estaba fundado en la sensación de que esta práctica era un trasfondo asumido por todos y en ese sentido fundamento de inteligibilidad del sistema y su reconfiguración se encontraba más allá de las fuerzas de mi generación.

II. La transición democrática

Sin embargo, ya en 1995 mi pesimismo no tenía mayores fundamentos que la incapacidad para ver lo que estaba sucediendo a mi alrededor, incluyendo mi propia actividad. En efecto, en esa época comenzaban a crearse organizaciones de la sociedad civil cuyos objetos sociales apuntaban a la defensa de derechos constitucionales de grupos tradicionalmente ignorados, así como organizaciones de abogados (tanto asociaciones civiles como clínicas jurídicas de facultades de derecho) dispuestos a defender esos derechos por medio de procedimientos judiciales. Y al mismo tiempo que se creaban los actores sociales capaces de llevar adelante una práctica política nueva, surgían (en un movimiento de creación mutua) las herramientas procedimentales que les permitirían poner en funcionamiento la respuesta institucional deseada: el involucramiento del Poder Judicial en la discusión de las políticas públicas.

Nada de esto puede entenderse sin recordar los acontecimientos que desgarraron Latinoamérica en las décadas de los setenta y los ochenta. Tal vez enraizada en la práctica autoritaria y excluyente nacida en el siglo XIX, la dinámica desatada por la violencia política llevó a la región a una sucesión de eventos que culminaron en

la violación masiva y sistemática de derechos humanos orquestada desde los aparatos estatales y utilizando el monopolio de la fuerza sin restricciones institucionales. Pero nada de lo que siguió podría haberse dado sin la conceptualización de estos eventos justamente en esos términos. Hasta las transiciones democráticas de finales del siglo xx Latinoamérica había sufrido atropellos incontables; pero hasta ese momento ninguno de ellos había sido caracterizado por la sociedad civil como violaciones de derechos, ni se había exigido como respuesta la intervención judicial ni menos aún se había propugnado la intervención de instancias internacionales como una forma de poner límites a la actuación de Estados que se entendían, aun respecto de estos actos, como soberanos.

Lo que caracteriza las transiciones democráticas de nuestra región es el protagonismo de la sociedad civil, la demanda por enfrentar las consecuencias de las violaciones masivas de derechos humanos, la puesta en valor de las promesas constitucionales como límites al actuar de las instituciones políticas y el rol activo de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, en la exigencia del cumplimiento de dichas promesas. Así, la práctica política se judicializa y se globaliza, se amplía de lo estatal a lo público más general, se multiplican las instancias de deliberación de las políticas públicas y el rol de los operadores del derecho adquiere una relevancia hasta ese momento impensada.

III. Derechos, violaciones, actores, acciones y remedios colectivos

Vuelvo entonces a mi punto anterior. Los procesos y los actores que caracterizan la práctica del DIP son resultado de esta reconfiguración de la política regional, y articulan, mediante de su actuar en casos concretos, las aspiraciones de esta nueva forma de acceder a lo público.

Esta caracterización del impacto de las decisiones públicas como violaciones de derechos no se circunscribe al ámbito individual. A pesar de que la transición democrática fue signada por la impronta de la violación individual (aunque múltiple) de derechos civiles y políticos y, en particular en la Argentina, por la respuesta penal que por su naturaleza concibe a la violación de derechos, a los actores (víctima y victimario) y al remedio (la sanción penal) en términos individuales, aun esa respuesta se colectivizó al entender que la agravante de la planificación, la sistematicidad y la masividad de los delitos cometidos por las dictaduras modificaban las respuestas tradicionales, justificando la excepción a principios tales como la prescripción y la no retroactividad de la ley penal.

Las reivindicaciones de género siguieron el mismo camino. Las violaciones de los derechos de las mujeres no se conciben sólo como violaciones individuales. Temas como la igualdad laboral, la no discriminación, el acceso a los beneficios de

la seguridad social, la violencia, el acoso y los derechos reproductivos, abren un espacio de discusión en el cual es posible no sólo identificar y actuar en términos individuales, sino caracterizar la violación de derechos en términos estructurales, como emergentes de una violación sistemática y masiva (una vez más) de derechos de un grupo determinado. De esta forma, en la medida en que los daños son concebidos como estructurales, la forma de abordarlos se modifica.

Las organizaciones de la sociedad civil creadas para defender los derechos de las mujeres, son ahora no sólo un mero instrumento legal para cobijar iniciativas individuales agregadas, sino actores colectivos con poder para entrar en la discusión pública. Esta virtualidad sólo fue posible gracias al derecho. En efecto, a partir de la década del noventa y tanto por incidencia de la ampliación de la agenda política a la reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales, como por la necesidad de contar con herramientas legales para darle poder a los consumidores y usuarios frente a la oleada privatizadora de los servicios públicos, los Estados de la región comenzaron a legitimar colectivamente a actores con la idea de que representen intereses y derechos colectivos en instancias de deliberación pública, sean estas administrativas o judiciales.

La forma de colectivizar a actores depende necesariamente de la regulación de la legitimación activa; es decir, la manera mediante la cual el derecho les reconoce una voz para entrar en la discusión así como de la caracterización del daño que el actor en cuestión viene a reclamar. Por eso la virtualidad colectiva de una acción no depende necesariamente del tipo de demandante sino, de la capacidad que el derecho le otorga para convertir su caso en un caso de impacto colectivo. Por eso una mujer puede demandar individualmente y conseguir una decisión de impacto colectivo en la medida en que su caso sea visto como un caso testigo y, como veremos, esto depende de que en el caso la decisión consiga ser entendida por los demás actores del sistema como una decisión que los afecta más allá del caso concreto; es decir, que tenga una virtualidad *erga omnes*. Además del caso individual que deviene colectivo, un caso puede convertirse en colectivo una vez detectado en un grupo un interés homogéneo que valga la pena colectivizar, ahorrando la discusión caso a caso. Un ejemplo de esta situación es la vieja herramienta procesal del litisconsorcio activo, presente desde siempre en los códigos de procedimiento de la región.

Pero más allá de estos casos, la democracia ha agregado actores institucionales privados y públicos con capacidad de colectivizar la discusión. Cuando la legislación o la jurisprudencia le otorgan a las organizaciones de la sociedad civil legitimación colectiva o la Constitución o las leyes crean defensorías del pueblo con capacidad para representar intereses colectivos (o incluso difusos), aumentan los espacios de la deliberación pública incentivando la presencia de demandas que de otra manera quedarían excluidas.

Así, junto con la colectivización de los daños y de las víctimas de los daños nacieron las acciones colectivas, formas jurídicas por las cuales a violaciones estructurales de derechos, un actor colectivo responde con una acción administrativa o judicial que representa al grupo tendiente a lograr un remedio estructural que modifique la política ilegal y beneficie al colectivo. Esta capacidad de las acciones colectivas para remover los obstáculos que las fallas de la democracia impone a los grupos excluidos, no está sujeta a una sola forma de regulación.

La virtualidad colectiva de una acción puede estar sostenida de varias formas. Puede, por ejemplo, surgir del mero reconocimiento de que la lógica no se detiene en el umbral de los tribunales. En efecto, una decisión para un caso cualquiera debería ser la misma en la medida en que el caso sea el mismo. El Poder Judicial no puede violar el principio lógico de no contradicción porque de hacerlo estaría violando el principio moral, político y jurídico de la igualdad ante la ley. En este caso, los efectos *erga omnes* de la sentencia simplemente surgen del *stare decisis* implícito en los principios que acabo de mencionar. Es evidente entonces que la colectivización de los efectos de la sentencia también se da cuando el sistema jurídico acepta la obligación de los precedentes judiciales, el *stare decisis* explícito. Una enorme cantidad de energía se ahorraría si nuestros tribunales aceptaran finalmente esta mínima regla de juego contra la cual es difícil encontrar buenas razones.

Sucedec algunas veces que las sentencias tienen efectos colectivos de hecho, como por ejemplo, cuando obligan la construcción de accesos para personas con discapacidad motriz a ciertos edificios. En este caso, aun cuando la actora fuera una persona individual, la rampa no se construye con exclusividad para ella. En otros, los efectos surgen de la presentación de un actor colectivo y sólo por su presentación. Así, si una mujer demanda el acceso a un trabajo que le fue vedado por su condición de mujer y gana el caso en términos individuales, sólo consigue ingresar a trabajar ella sola. Si, en cambio, el caso fue iniciado por un colectivo de mujeres o un actor social con capacidad para representar colectivamente cuestiones de género, el triunfo en este caso modifica la política de contrataciones de tal modo de beneficiar al conjunto de las mujeres. Otras formas de la representación explícita de derechos colectivos es la llamada acción de clase por la cual un individuo se presenta como caso testigo de una clase afectada y busca la indemnización del daño a la clase. De triunfar, el actor se compromete a distribuir los beneficios entre todos los miembros de la clase. En este caso, los honorarios profesionales que suelen ser abultados son un incentivo para que los abogados y las abogadas funcionen como defensores de intereses colectivos que no son llevados a la discusión pública porque la atomización de los daños y de las víctimas les impide juntarse para reclamar.

Este último punto nos lleva nuevamente a la cuestión del rol de la práctica profesional de la abogacía y su relación con el derecho de interés público. Quiero volver a la discusión sobre la definición del DIP, dado que de ella depende en buena medida la relación de las abogadas con sus clientes (el tema de la ética profesional) y también la concepción de éxito (cuándo se gana) en este contexto. La relevancia del DIP para la agenda de género está íntimamente vinculada con el rol de las profesiones del derecho en una democracia constitucional y las posibilidades de la práctica jurídica para hacer realidad sus promesas.

IV. Qué es el derecho de interés público, una vez más

Si bien todos los profesionales del derecho están obligados a defender el interés público, la práctica del DIP tiene características particulares. Comencemos analizando brevemente la práctica cotidiana. Cualquier caso que llegue a la atención de una abogada supone un conflicto que otras instancias no han resuelto. Nadie concurre a una oficina de abogados por puro placer, sino buscando la satisfacción de un interés. Sin embargo, la defensa jurídica de un interés privado está condicionada a la capacidad de traducir ese interés al lenguaje del interés público, dado que en definitiva a quien hay que persuadir es a la jueza encargada de resolver el caso y la instancia judicial no escucha intereses privados desnudos, sino sólo cuando ellos han sido exitosamente articulados en términos jurídicos. Para simplificar, a los jueces les interesa la defensa de la ley democrática, la defensa de los derechos, la defensa de los procesos deliberativos y la defensa de una cierta estabilidad de los acuerdos respecto de qué se entiende por las palabras de la ley. En definitiva, a los jueces no les interesan los beneficios que el caso deparará a las partes, y menos aún a los abogados, sino que les interesa decidir si las partes tienen derecho a eso que pretenden conseguir. Es en este sentido que la práctica privada del derecho contribuye a realizar el interés público en ocasión de la defensa de un interés privado.

A diferencia de esta forma de ejercer el derecho [...]

La práctica del DIP es aquella que utiliza conscientemente las formas del derecho para incluir en la deliberación democrática a quienes han quedado excluidos, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje del derecho.²

² "Introducción", en Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las acciones colectivas, análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Es decir, que al contrario de la defensa privada, el DIP contribuye a defender un interés privado pero sólo en ocasión de la defensa del interés público. Si de la práctica del DIP se desprende un beneficio para una persona, grupo u organización, este beneficio es una ventaja derivada del objeto principal que es la búsqueda explícita de la defensa del interés público. De esta forma, el DIP ocupa un lugar transicional en las estrategias de acceso a los derechos de los ciudadanos. No es una defensa que busca en último término el triunfo de un interés privado, y tampoco goza de la libertad de buscar el desarrollo del interés público más allá de todo interés particular. La peculiaridad de la práctica del DIP es su necesidad de articular aspiraciones públicas dentro de los límites de un caso judicial particular. Tiene, junto con las formas de incidencia política, la libertad de buscar el avance del interés público, pero también, con la forma tradicional de ejercer el derecho, la limitación que supone el ancla de la defensa de algún interés privado, aun cuando tenga características colectivas.

Es por este motivo que la concepción de “cliente” cambia cuando el caso es un caso de interés público. Las personas que son titulares de la legitimación activa en el caso deben ser conscientes de que su interés particular será utilizado como medio para la consecución de un fin público ulterior, por lo cual su consentimiento debe ser debidamente informado y el contrato con sus abogados debidamente claro.

Esta necesidad de entender la peculiar forma de relacionar al profesional del derecho con quien ejerce la acción es fundamental debido que además de modificarse el concepto de “cliente”, también se modifica el concepto de “triunfo”, o éxito judicial. En efecto, en la medida en que el caso se lleva adelante para defender una causa pública, no necesariamente el triunfo del interés particular en el caso concreto constituye un triunfo de la causa, de la misma forma que una derrota del interés particular no constituye un triunfo del interés público.

Ambas resignificaciones de conceptos fundamentales de la práctica jurídica impactan en la multiplicación de los espacios deliberativos mediante la ampliación de la incidencia judicial. Y es en este aspecto del DIP que crece su relevancia respecto de la defensa de las causas de violación de derecho en función del género. Muy brevemente, si bien es cierto que las violaciones de los derechos de las mujeres se dan indefectiblemente en el terreno individual, no es menos cierto, como sabemos desde hace tiempo, que estas violaciones configuran rasgos estructurales de la sociedad patriarcal y que no son meras sumatorias de violaciones individuales. En la medida en que la desigualdad es estructural, los remedios que buscan luchar contra ella no pueden adquirir la forma de remedios individuales. El tipo de remedio debe seguir al tipo de violación, y por ello la plasticidad, la ubicuidad y la virulencia que han asumido las violaciones de derechos con motivo del género deben ser replicadas en los remedios que el derecho debe proveer a quienes buscan en sus decisiones respuestas dignas a las promesas que las constituciones les han hecho.

V. Diferentes formas de triunfar

En lo que sigue, y para terminar, voy a ofrecer una lista no exhaustiva de objetivos que la práctica del derecho de interés público ha perseguido o puede perseguir al asumir un caso. Insisto en este tema porque una discusión recurrente cuando se plantea la posibilidad de asumir causas de DIP consiste en la puntualización de la posibilidad de que la judicialización de la política puede provocar la desmovilización y el desencanto, dejando en manos de los abogados la lucha por la defensa de los derechos. Si bien resulta fundamental volver a insistir en que la estrategia judicial no puede reemplazar a la estrategia política a la cual se debe, sería una actitud lamentable el negar a la sociedad civil una amplia gama de instrumentos de incidencia por desconocimiento de la potencia del ejercicio de la práctica del DIP.

Muchas veces los primeros triunfos de un caso de DIP están vinculados con lograr la creación de un actor social. En efecto, una de las primeras tareas en el trabajo con organizaciones de la sociedad civil consiste en formalizarlas, es decir definir sus estatutos, registrarlas debidamente, cuidar la forma en la que redactan su objeto social, en que distribuyen el poder dentro de la organización, identificar los beneficios económicos, tributarios, jurídicos de las diferentes formas asociativas, entre otras necesidades. En la medida en que esta creación de un actor jurídico acompaña el nacimiento de un actor social, su asunción de un caso de DIP le otorga de más poder jurídico y en este caso el triunfo llega cuando el tribunal acepta a la organización como parte en un caso. Correctamente articulado con la práctica política del grupo o de la causa en cuestión, este aumento del poder jurídico puede ir de la mano del aumento de su poder social y político.

El posible impacto mediático, político o jurisprudencial de la existencia de un caso cumple con el objetivo básico de denunciar una injusticia. Pero además el doloroso proceso de poner en palabras una práctica de violación estructural de derechos, la recepción de testimonios, el relato de las víctimas, la publicación de los datos empíricos que comprueban esas violaciones, son parte necesaria de la redacción de una demanda judicial. En los casos de DIP esa explicitación, esa puesta en palabras de las violaciones muchas veces previamente silenciadas, es en sí misma un triunfo para quienes están involucrados en el proceso.

En muchos casos de DIP vinculados con temas de género, la excusa de lo privado atenta contra la posibilidad de visibilizar daños de las prácticas violatorias de derechos. La judicialización del tema trae a la luz una cantidad de testimonios y de datos que estaban ocultos y lo hace con la legitimidad que le brinda el hecho de que el relato se da en el contexto de una institución fundamental del Estado. Este comienzo de reconocimiento puede ser incluso un primer paso en el proceso de reparación parcial.

Cuando las violaciones son tan extendidas y han sido naturalizadas por muchos años, como por ejemplo, el caso de la violencia de género, un caso de DIP puede focalizar la lucha. El efecto de ejemplaridad que un caso correctamente elegido, correctamente presentado y defendido puede brindar una rápida referencia a quienes necesitaban de un ejemplo para entender la dinámica de la violación de derechos en cuestión, un modelo que puede ser señalado y que explica más que mil palabras. El caso correcto actúa como una obra de arte, generando una imagen que refleja muchas otras y que atrae la mirada de los que antes se negaban a ver.

En tiempos de velocidades vertiginosas en la aparición y desaparición de los temas en la agenda pública, los pausados tiempos procesales de un caso judicial tienen la virtud no sólo de poner una preocupación en la atención de la gente sino también de hacerlo permanecer allí, al menos por un tiempo mayor que el de la noticia ordinaria. En efecto, en un caso judicial la presentación de la demanda es una noticia, pero también lo son las declaraciones de las partes, las de los testigos, la sentencia de primera instancia (tanto cuando sea presentada como un triunfo como cuando se la caracterice como una brutal injusticia), la apelación, la sentencia de instancias superiores y más aún las decisiones de órganos jurisdiccionales extranjeros o internacionales.

Latinoamérica se distingue por sus generosas definiciones de derecho en largas constituciones, cuando no en detallados pactos internacionales que multiplican las listas de derechos a los cuales puede apelar la sociedad civil. Pero paralelamente a esa inflación jurídica la región también se distingue por la extendida tendencia a incumplir las normas. Es por eso que el DIP tiene también como objetivo el de hacer cumplir las normas y no sólo las normas escritas por los órganos mayoritarios. Últimamente, con el avance de la tendencia de los tribunales a aumentar su rol de control de las políticas públicas, también forma parte de la necesidad de nuestros sistemas jurídicos la de hacer cumplir las sentencias y llevar adelante procesos a veces complejos de ejecución de los mandatos judiciales. El DIP no se conforma con el dictado de la orden del tribunal sino que acompaña al caso hasta la satisfacción final del resultado buscado.

En este sentido, los procesos de interpretación de los textos normativos y de ejecución de sentencias conllevan un beneficio ulterior, el de probar el alcance de las reglas jurídicas. Muchos de los casos del DIP tensionan los acuerdos interpretativos de la sociedad, obligándola a volver a pensar, en los límites de la aplicación de la ley, los consensos a los que había llegado con la limitada imaginación de quienes no han escuchado a todas las voces relevantes. Así, otro objetivo de esta práctica y otra razón para la celebración de un triunfo consiste en la mejora de la interpretación de las normas. Si bien la integridad y la permanencia de los acuerdos semánticos son parte fundamental de los rasgos de un derecho democrático, la posibili-

dad de que ellos se mantengan abiertos a la discusión es el contrapeso necesario de aquella tendencia conservadora.

En el mismo sentido, pero en el área del Poder Judicial, a medida que los tribunales van acordando líneas jurisprudenciales que cortan mediante casos definiéndolos como similares o no, los casos de DIP tienen la virtualidad de sostener o poner en crisis estos acuerdos entre jueces de tal manera de obligarlos a discutir nuevamente los rasgos relevantes que habían generado aquel acuerdo. Los casos pueden traer nuevos argumentos que pongan en crisis las convicciones que se habían formalizado o al contrario que muestren los peligros de la modificación de una jurisprudencia determinada.

Dado que una de las funciones primarias del DIP consiste en remediar las fallas de la democracia mayoritaria, los casos llevan a la deliberación pública, mediante la actividad de los tribunales, temas que quienes ostentan la representación democrática han dejado de lado o han tratado con exclusiones injustificadas. De esta forma, el litigio de interés público hace regresar a la discusión pública argumentos que no fueron escuchados o que deberían haber ganado en la discusión mayoritaria, por lo menos provisionalmente hasta que otros actores políticos produzcan mejores argumentos dentro del juego de la democracia constitucional.

Este último movimiento es fundamental dado que de no existir, le quitaría credibilidad al argumento de la constitucionalidad en la arena política. Sólo si los tribunales ingresan en ella a limitar el juego de las agencias mayoritarias basados en el discurso de los derechos, la Constitución se convierte en herramienta de persuasión en la deliberación pública. De esta forma, los jueces multiplican los espacios deliberativos, no sólo en sus estrados sino también en otros ámbitos de las políticas públicas en los cuales, a partir de esta intervención judicial, el derecho y los derechos tendrán su lugar como formas efectivas de persuasión.

Por último, y en particular en Latinoamérica, la práctica del litigio de interés público tiene como objetivo, y por lo tanto como una de las formas de la victoria, el de crear autoridad legítima. En efecto, si bien ha sido planteado hasta el hartazgo el hecho generalizado de la desobediencia a la ley, pocas veces se insiste en que parte de esa desobediencia tiene como justificación (o excusa) la de que la autoridad que reclama obediencia no ha hecho el más mínimo esfuerzo para legitimarse. No ha deliberado con aquellos a los que quiere obligar a hacer cosas que no quieren, no los ha persuadido con argumentos que puedan compartir, no ha cumplido con su palabra, ha violado sistemáticamente sus promesas. El litigio de interés público es también un gesto de esperanza, es la mano tendida a las autoridades para ofrecerles la oportunidad de legitimarse frente a los únicos que pueden responder cuando ellas reclaman obediencia.

Sin el litigio de interés público las discusiones terminan antes de lo que deberían, los daños quedan en cabeza de los que no los merecen, la política mayoritaria

socava sus propios fundamentos y las autoridades no tienen cómo reclamar obediencia. Por eso resulta sencillo unir los reclamos de las mayorías excluidas con el rol político del Poder Judicial. En particular, la alianza entre quienes luchan contra las violaciones de derechos basadas en el género y quienes asumen la práctica de las profesiones del derecho en términos de lo que aquí caractericé como derecho de interés público, tiene de natural los evidentes beneficios que acabo de enumerar. Pero también tiene de difícil las múltiples variables de una práctica que todavía es novedosa y cuya expansión en la complicada cultura política latinoamericana es todavía un desafío.

COLABORADORES

Paola Bergallo

Profesora-investigadora de la Universidad de San Andrés e integrante de la Red Alas. Maestra en Investigación Jurídica y candidata a doctora por la Universidad de Stanford y maestra en Derecho por la Universidad de Columbia. Fue becaria de la Fundación Hewlett y la Universidad de Stanford. Ha publicado: *¿Un techo de cristal judicial?: el procedimiento de selección de jueces para Buenos Aires* (2005); "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público", *Revista Jurisprudencia Argentina*, (2006); "Equidad de género: Perspectivas para su exigibilidad judicial", *CELS* (2006); *Derecho y propiedad* (comp., 2009); *Género y justicia reproductiva* (comp., en prensa, 2010).

Martín Böhmer

Profesor en la Universidad de San Andrés y en la Universidad de Buenos Aires. Maestro en Derecho y candidato a doctor (J.S.D) por la Universidad de Yale. Fue director del Área de Derecho de la Universidad de San Andrés, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y director de su Clínica de Derecho de Interés Público. Ha publicado: "La globalización y el nuevo espacio público en la Argentina", *Res Publica Argentina* (2009); *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía* (comp., 1999); "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible", *Revista Doxa*, núm. 13.

Miguel Carbonell

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Sistema Nacional

de Investigadores del Conacyt, México, y del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ha publicado: *Los derechos fundamentales en México* (2004); *La enseñanza del derecho* (2004); *Elementos del derecho constitucional* (2004); *Constitucionalismo y democracia* (2004); *Una historia de los derechos fundamentales* (2005); *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* (coautoría, 2008).

Juan A. Cruz Parceró

Investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Se especializa en Filosofía y Teoría del Derecho, en temas de derechos humanos, teorías de los derechos y argumentación jurídica. Ha publicado: *El concepto de derecho subjetivo* (1999) y *El lenguaje de los derechos* (2007). Desde 2006 es director de *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*.

Luigi Ferrajoli

Profesor de la Universidad de Roma Tre. Jurista por la Universidad de Roma. Doctor honoris causa por las Universidades de Buenos Aires, La Plata, Lomas de Zamora, Rosario, Montevideo y ha sido reconocido como profesor distinguido en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ha publicado: *Derechos y razón. Teoría del garantismo penal* (1995); *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1996); *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001); *Razones jurídicas del pacifismo* (2004); *Epistemología jurídica y garantismo* (2004); *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia* (2006); *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007); *Democracia y garantismo* (2008).

Alejandro Madrazo Lajous

Profesor-investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), donde coordina el Programa de Derecho a la Salud. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Litiga temas de interés público especializándose en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte. Ha publicado: *Transparencia y procuración de justicia en el Distrito Federal* (coautoría, 2008); *Los límites a la libertad de expresión* (2008).

Pedro Morales Aché

Director de Medilex Consultoría Médico Legal, socio fundador y secretario ejecutivo del Colegio de Bioética A.C. Licenciado en Derecho por la Universidad Na-

cional Autónoma de México. Autor de diversas iniciativas de reformas legales en materia de anticoncepción de emergencia, reproducción asistida, derechos sexuales y reproductivos y de interrupción legal del embarazo.

Adriana Ortega Ortiz

Directora de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Maestra en Derecho por la Universidad de Toronto, con especialidad en derechos sexuales y reproductivos. Ha sido consultora jurídica de diversas organizaciones de la sociedad civil en género, violencia contra las mujeres y derechos sexuales y reproductivos. Autora de diversos artículos que abordan temas relacionados con derechos humanos de las mujeres, tratamiento jurídico de la violencia de género e interrupción legal del embarazo.

Francisca Pou Giménez

Secretaria de Estudio y Cuenta en la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Doctora y maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Ha sido profesora en la Universidad Pompeu Fabra, en la Universidad Europea de Humanidades (Minsk, Bielorrusia) y en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, donde es profesora de asignatura. Autora de artículos y capítulos de libros centrados en la regulación del multilingüismo, la justicia constitucional, los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Francesca Puigpelat Martí

Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Doctora en Derecho por la misma universidad. Fue decana de la Facultad de Derecho de la UAB (2003-2007). Ha publicado: *Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética* (2008); *Feminisme i Bioètica* (2001); *Teoria del Dret* (1996); *Derecho del ser y Estado del juez* (1983).

Rodolfo Vázquez

Profesor-investigador en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México y licenciado en Derecho por el ITAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Colegio de Bioética, así como becario del Conacyt y de la John Simon Guggenheim Foundation. Ha publicado: *Educación liberal* (1997), *Liberalismo, Estado de dere-*

cho y minorías (2001), *Del aborto a la clonación* (2004), *Entre la libertad y la igualdad* (2006), *Las fronteras morales del derecho* (2009), y *¿Qué hacer con las drogas?* (comp.) (2010).

Isabel Zapata Morales

Actualmente forma parte del área editorial del Centro de Estudios Espinosa Yglesias. Licenciada en Ciencia Política por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Se ha interesado en el tema de las cuotas de género en México.

ÍNDICE

Presentación.....	vii
<i>Mónica Maccise Duayhe y Rodolfo Vázquez</i>	
Introducción.....	ix
<i>Juan A. Cruz Parceroy Rodolfo Vázquez</i>	
El principio de igualdad y la diferencia de género.....	1
<i>Luigi Ferrajoli</i>	
La perspectiva de género en el análisis constitucional. Comentario a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación	27
<i>Miguel Carbonell</i>	
Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional.....	45
<i>Francisca Pou Giménez</i>	
Género y libertad de expresión	103
<i>Alejandro Madrazo Lajous</i>	
Los derechos reproductivos desde la perspectiva constitucional.....	133
<i>Pedro Morales Aché</i>	
Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada.....	159
<i>Francesca Puigpelat Martí</i>	

La autonomía de las mujeres y la perspectiva adversarial	183
<i>Adriana Ortega Ortiz</i>	
Igualdad de oportunidades y representatividad democrática en el Poder Judicial.....	201
<i>Paola Bergallo</i>	
Las cuotas de género en México: alcances y retos	235
<i>Isabel Zapata Morales</i>	
Derecho de interés público, acciones colectivas y género	263
<i>Martín Böhmer</i>	
Colaboradores	277