

MÁS ALLÁ DEL DERECHO

Justicia y género en América Latina

Luisa Cabal y Cristina Motta RED ALAS



Luisa Cabal

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Derecho de la Universidad de Columbia. Es la directora del Programa Internacional del Centro de Derechos Reproductivos de Nueva York, donde coordinó, durante seis años, el Programa para América Latina y el Caribe.

Cristina Motta

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Derecho de la Universidad de Harvard. Durante ocho años fue profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde dirigió el Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cijus. Actualmente es la coordinadora de la Red Alas y profesora del área de derecho de la Universidad de San Andrés en Argentina.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
Equidad y Justicia

Comité Editorial

Rodolfo Arango
Paola Bergallo
Luisa Cabal
Roberto Gargarella
Ángel Nogueira

Más allá del Derecho
Justicia y género en América Latina

Compiladoras
Luisa Cabal y Cristina Motta

REDALAS



Siglo del Hombre Editores



EDICIONES UNIANDES

Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Lenguajes
y Estudios Socioculturales

**CENTER
FOR
REPRODUCTIVE
RIGHTS**



CESO

Centro de Estudios
Socioculturales e Internacionales

Más allá del derecho: justicia y género en América Latina / compiladoras Cristina Motta y Luisa Cabal. — Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. CESO, 2005.

448 p.; 21 cm.

1. Mujeres-Legislación-América Latina-Ensayos, conferencias, etc. 2. Reproducción humana-Legislación-América Latina-Ensayos, conferencias, etc. 3. Derechos de la mujer-América Latina-Ensayos, conferencias, etc. I. Motta, Cristina, comp. II. Cabal, Luisa, comp. III. Tít.

346.0134 cd 20 ed.
A1072439

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

La presente edición, 2005

© Siglo del Hombre Editores
www.siglodelhombre.com

© Center for Reproductive Rights
www.reproductiverights.org

© Universidad de los Andes
Ediciones Uniandes • Ceso
www.uniandes.edu.co

Carátula
Alejandro Ospina
© Fernando Botero, *Los jugadores de cartas*,
courtesy, Marlborough Gallery, New York

Armada electrónica
David Reyes

ISBN: 958-665-079-0

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 N° 95-28 Bogotá D.C.

Impreso en Colombia-Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
<i>Luisa Cabal y Cristina Motta</i>	

Primera Parte APORTE CONCEPTUAL

Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia.....	19
<i>María Mercedes Gómez</i>	

Segunda Parte UNIVERSOS DE DOMINACIÓN

Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la Ley de Cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva	59
<i>Isabel Cristina Jaramillo</i>	

¿Un techo de cristal en el poder judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires	145
<i>Paola Bergallo</i>	

Alcances de la reforma legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia	219
<i>Julieta Lemaitre Ripoll</i>	

Tercera Parte
NUEVOS Y VIEJOS OBSTÁCULOS

La objeción de conciencia en salud sexual y reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno	267
<i>Lidia Casas</i>	
El Derecho Penal en Guatemala: una deuda pendiente ...	307
<i>Hilda Morales Trujillo y</i>	
<i>María del Rosario Velásquez Juárez</i>	

Cuarta Parte
PROTECCIÓN, JUSTICIA Y REPARACIÓN

Mecanismos de democracia deliberativa al servicio de los derechos sexuales y reproductivos: el caso de la anticoncepción de emergencia en México	327
<i>Lourdes Motta-Murguía y Regina Tames</i>	
El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América Latina	379
<i>Luisa Cabal, Mónica Roa y Lilian Sepúlveda-Oliva</i>	
La perspectiva de género en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reconciliación: el caso del Perú	415
<i>Julissa Mantilla Falcón</i>	
LAS AUTORAS	445

INTRODUCCIÓN

Hace ocho años, varias de las profesoras que participan en este volumen unían esfuerzos para publicar, por primera vez en español, una de las obras más necesarias de la filosofía política contemporánea: *Iustitia Interrupta* de Nancy Fraser. La ocasión prometía ser impulso y estímulo para renovar el pensamiento jurídico y político de la región, especialmente para quienes procuraban incorporar en su trabajo intelectual la reflexión acerca de las condiciones que perpetúan la discriminación y la exclusión de mujeres y minorías sexuales y raciales. El proyecto propuesto por Fraser demanda una teoría del reconocimiento capaz de armonizar las diferencias culturales con la igualdad social.¹ Siendo las desventajas económicas y el irrespeto cultural una constante en la vida de las mujeres, sólo puede ser admisible un proyecto político que resuelva ambas injusticias de manera simultánea.

Los años transcurridos desde este entusiasta momento han sido largos y ruidosos. Democracias perturbadas, inequidad progresiva y violencia persistente trazan el paisaje de la región. Si bien los noventa mostraron —en algunos casos más que en otros— trascendentales transformaciones conceptuales y efectivas soluciones concretas en el espacio normativo, la década también proyectó un panorama devastado en relación con las condiciones sociales y económicas en las que viven las mujeres. En efecto, si en los países indus-

¹ NANCY FRASER, *Iustitia Interrupta: reflexiones críticas sobre la posición "post-socialista"*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 18.

trializados las demandas post-socialistas contra la dominación cultural han tomado el lugar de la lucha contra la explotación,² en América Latina estas demandas se superponen y coexisten en un escenario en donde las luchas sociales tienen una inusitada vigencia y, en muchos casos, se presentan fusionadas con radicales reivindicaciones culturales.³ De hecho, la urgencia de las demandas sociales no ha restado importancia a las luchas por el reconocimiento cultural, nutriéndose en muchos casos de forma recíproca y decisiva.

Esta situación nos lleva a pensar que en escenarios como el latinoamericano los conceptos de reconocimiento y redistribución de Fraser —que podrían estar limitados al uso exclusivo de imperceptibles elites intelectuales— tienen plena utilidad y podrían operar como guía y evaluación de las acciones y políticas que pretenden promover la emancipación de los grupos discriminados y excluidos.

I

Teniendo este esquema conceptual a la vista, presentamos un libro en donde se ofrece un panorama de la situación jurídica de las mujeres en seis países latinoamericanos.

Desde ya podemos anticipar la naturaleza imprecisa del resultado y las dificultades intrínsecas a nuestro intento. La imprecisión del balance parece obedecer a la debilidad propia de las armas de los débiles. En efecto, siendo el Derecho y sus promesas simbólicas un espacio privilegiado del que disponen las mujeres para trazar su camino hacia la autonomía, el éxito o el fracaso de la estrategia se tiende a medir en términos de la cantidad y calidad de normas emitidas. Pero cambiar o crear normas es pretender corregir la inequidad sin modificar las condiciones en las que se produce.⁴ El cambio normativo es un arma; pero es frágil e ilusoria. Como creación cultural, el Derecho es un producto directo de la cultura que busca modificar. Los obstáculos que con habitual éxito instalan los ejecutores y operadores jurídicos

² *Ibid.*, p. 17.

³ Los casos de Bolivia, Ecuador y Perú son paradigmáticos en este sentido.

⁴ Éstas son las soluciones “afirmativas”, en términos de Fraser. FRASER, *supra* nota 1, p. 38.

son sólo una de las caras visibles de esta fragilidad. El conjunto de ensayos que presentamos en este volumen demuestra su conformidad con este argumento.

De otra parte, mostrar la realidad jurídica regional no es una tarea cómoda. Los ensayos nos revelan contrastes radicales. Si Colombia ofrece buenos ejemplos del efecto simbólico y real del Derecho en la revaluación de las “identidades irrespetadas”, Argentina ofrece la prueba contraria, y Guatemala no ha podido intentar siquiera la vía legal para las más elementales transformaciones. Chile afronta una embestida ideológica sobre los operadores y destinatarios de normas aprobadas y México prueba mecanismos certeros para su aplicación. Es ésta la complejidad latinoamericana, y no tendría por qué estar ausente en este libro.

II

En la segunda parte de este libro, titulada *Universos de dominación*, Paola Bergallo e Isabel Cristina Jaramillo subrayan el peso de la supremacía masculina en las altas esferas del poder, confirmando así que la perpetuación de la relación de dominación descansa allí donde es menos evidente su ejercicio.⁵ El lamentable lugar que ocupa la región en términos del empoderamiento político y económico⁶ de las mujeres puede ser entendido a través de estos ensayos. El de Bergallo, que analiza el mecanismo de selección de jueces en Buenos Aires, pone en evidencia una de las grandes paradojas argentinas en relación con las mujeres: altos índices de educación con grandes niveles de exclusión.⁷ El de Jaramillo, que estudia el proceso de aprobación de la Ley de Cuotas para cargos de alto nivel decisorio en Colombia, sirve para explicar la ventaja —magra, hay que aclarar— que tiene este país en términos de participación femenina en altos cargos del Estado, frente al resto de Sudamérica.⁸

⁵ PIERRE BOURDIEU, *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 1998. p. 15.

⁶ WORLD ECONOMIC FORUM, *Women's Empowerment: Measuring the Global Gender Gap*, World Economic Forum, Ginebra, 2005.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

Pero además de aclarar lo señalado, estos trabajos identifican culturas jurídicas antagónicas. Colombia, con su adhesión proverbial a la ley, diseña —en este caso con eficacia real y no sólo simbólica— un sistema para la participación femenina en la alta política. A pesar de las dificultades que conlleva, y del ambiguo juego político que le dio lugar —lúcidamente desmenuzado por la autora—, la Ley de Cuotas en ese país promete ser un espacio eficaz de revalorización de la participación femenina.

Argentina, con su también proverbial —pero en este caso— desconfianza por las normas, posee un sistema de nominación de jueces que Bergallo denuncia por sus dobleces y carencias. Diseñado para asegurar el acceso a la carrera judicial según los méritos, el mecanismo de selección excluye de manera sistemática a las mujeres. Su pretendida neutralidad,⁹ unida a la ausencia de compromiso político y a la arraigada cultura patriarcal del espacio jurídico argentino, patrocinan la segregación de gran parte de las egresadas de las Facultades de Derecho del país.

III

En esta misma parte, Julieta Lemaitre relata la experiencia de las beneficiarias de una típica acción del Estado liberal benefactor para promover el reconocimiento y la redistribución a las mujeres: la prohibición del despido laboral por embarazo. El relato expone el positivo efecto de la acción de Tutela y su desarrollo jurisprudencial en Colombia, hecho especialmente relevante por la apropiación que han hecho del recurso los ciudadanos. Sin embargo, las historias de estas mujeres permiten advertir los peligros presentes en la “reasignación superficial de bienes” y la “reasignación superficial de respeto” que advertiera Fraser.¹⁰ En efecto, por ser medidas que no alteran las bases mismas en las que se fun-

⁹ En este sentido es oportuno citar a Bourdieu cuando afirma que “lo típico de los dominadores es ser capaces de hacer que se reconozca como universal su manera de ser particular... Si hay tantas posiciones difíciles de ocupar para las mujeres, es porque están hechas a medida de los hombres, cuya virilidad está constituida en oposición a las mujeres tal y como son actualmente”. Véase *supra* nota 5, p. 82.

¹⁰ FRASER, *supra* nota 1, pp. 37-54.

da el contrato laboral, terminan provocando nuevas formas de explotación. Los promisorios relatos, desde el punto de vista de la creación de conciencia sobre el ejercicio de los derechos, son a la vez dramáticos testimonios de las condiciones de subordinación sexual y económica en las que trabajan las mujeres. Las historias que nos ofrece Lemaitre retratan mujeres animadas por una eficaz arma legal, pero ellas mismas advierten que ese instrumento las somete a nuevas formas de subordinación y a una encubierta explotación.

IV

Si las armas de los débiles son siempre armas débiles, las armas de los fuertes, por el contrario, son siempre armas fuertes. En la terceraparte de este libro, titulada *Nuevos y viejos obstáculos*, Lidia Casas examina el uso desvirtuado de la objeción de conciencia para evadir la prestación de recursos anticonceptivos en Chile. Con alarmante eficacia, la Iglesia católica está instigando a los servidores públicos a servirse de este derecho para reducir una obligación pública, derivada de la ley, a un asunto de conciencia privada. Esta reaccionaria estrategia ofrece al feminismo un argumento adicional para oponerse a la tradición liberal en la que se funda la defensa de este derecho, y que ignora los constreñimientos invisibles contra las mujeres que operan en las sociedades occidentales. Constreñimientos que, como la legislación penal de Guatemala, presentada por Velásquez y Morales, prueban que el reconocimiento de la integridad del cuerpo de las mujeres está lejos de ser un hecho cumplido.

Si bien es necesario conocer los argumentos políticos y culturales que esgrimen los detractores de las reformas penales en ese país, la subsistencia de una legislación similar en América Latina y la violación de los derechos reproductivos en Chile por parte de los objetores de conciencia expresan la dimensión de los obstáculos que aún hay por superar.

V

La particular situación de América Latina, apremiada por demandas difíciles y perentorias, muestra que contar con una multiplicidad de concepciones normativas es un deber ine-

ludible. En este sentido, el concepto de equidad de género como noción compleja, defendido por Fraser,¹¹ es especialmente oportuno. En la última parte de este libro, *Protección, justicia y reparación*, se advierte por qué en sociedades tan lesionadas por la violencia, el reconocimiento cultural y la distribución económica no son suficientes. A pesar de haber sido ignorado el carácter sexual que tuvo (y tiene) la violencia estatal en varios países del continente, se sabe que la justicia para las mujeres latinoamericanas no puede evadir la idea de reparación. Julissa Mantilla nos entrega un relato de la experiencia de la comisión de la verdad peruana; el más reciente esfuerzo de recuperación de la verdad y la memoria histórica de las violaciones a los derechos humanos durante el régimen de Alberto Fujimori. El texto demuestra la importancia de incorporar la perspectiva de género para determinar las diversas formas como los conflictos afectan a hombres y a mujeres y distinguir las reparaciones exigibles de acuerdo con estas diferencias.

VI

De otra parte, expresando una vez más los contrastes del escenario regional, México ofrece una prueba elocuente de salud democrática al recurrir a la participación social para el diseño de políticas públicas. En el caso descrito por Lourdes Motta y Regina Tames se trata de la regulación de la anticoncepción de emergencia. Si bien este esquema de participación no se da en las condiciones ideales de una esfera pública insubordinada e igualitaria, la deliberación democrática, en este caso, resulta una experiencia alentadora y potencialmente capaz de resolver problemas imperativos pendientes.

VII

Los límites de la ley que advertimos en este libro son los límites de los sistemas de justicia de América Latina. Tal como lo manifiesta este conjunto de ensayos, una combinación de habilidades y estrategias es necesaria para promover los

¹¹ *Ibid.*, pp. 61-63.

cambios que demanda la región. Ante los déficit predominantes y las posibilidades emergentes, Cabal, Roa y Sepúlveda señalan las formas internacionales de justicia como un camino oportuno y adecuado para asegurar la protección de los derechos de las mujeres latinoamericanas. A partir de casos concretos, que ilustran los descabros de las justicias locales, el litigio internacional es un camino de indiscutida eficacia y pertinencia.

VIII

Los argumentos, denuncias y relatos que traen estos ensayos muestran sólo un aspecto de las luchas de emancipación social y cultural que se llevan a cabo en América Latina. Nuestro objetivo, por supuesto, no era abarcarlas todas. Como lo hemos enunciado más arriba, las exigencias sociales en la región no tienen orden ni jerarquía. La pobreza, la raza, el sexo y la sexualidad provocan una red compleja de demandas superpuestas que reclaman soluciones abarcadoras y exhaustivas. El aporte conceptual que inaugura esta compilación es, entonces, muy valioso. Observando la violencia expresada contra las prácticas sexuales, María Mercedes Gómez propone una lectura analítica de las estrategias legales imperantes en Estados Unidos para combatirla. Este trabajo nos ofrece herramientas conceptuales de gran utilidad para evaluar leyes y políticas que aspiren a ir más allá y a transformar las condiciones culturales que hacen propicias la violencia y la discriminación.

IX

Sin la ayuda generosa y el trabajo dedicado de algunas personas e instituciones, este libro no hubiera sido posible. El Centro de Derechos Reproductivos ha sido su impulsor fundamental, desde el momento de su concepción en el seminario que dio lugar a la creación de la *Red Alas*, en agosto de 2004 en Buenos Aires; seminario ejemplarmente coordinado por Paola Bergallo y Julieta Lemaitre. El trabajo dedicado de Morgan Stoffregen y Ximena Fernández fue indispensable para la edición de este texto. Fernando Botero, a través de la galería Marlborough de Nueva York, nos cedió genero-

samente los derechos de reproducción de la obra *Los jugadores de cartas* que ilustra la portada. La Universidad de los Andes, a través del Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales (CESO) y del Departamento de Lenguajes y Estudios Socioculturales, nos brindó el apoyo necesario para esta publicación. Lo mismo debemos decir de Siglo del Hombre Editores, que además llevó con diligencia y esmero el proceso de edición de este libro. A todos ellos y, por supuesto, a las autoras, nuestro especial reconocimiento.

No podemos terminar estas líneas sin expresar nuestro más profundo agradecimiento al Centro de Derechos Reproductivos de la Universidad de Toronto y, en particular, a Rebecca Cook, su co-directora. Mucho de lo que pueda llegar a realizar la *Red Alas* en adelante revelará su impulso incondicional.

Luisa Cabal y Cristina Motta
Compiladoras

Primera parte
AORTE CONCEPTUAL

LOS USOS JERÁRQUICOS Y EXCLUYENTES DE LA VIOLENCIA

María Mercedes Gómez

INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo¹ es presentar un marco analítico desde donde se puedan leer los diferentes núcleos de intolerancia que alojan las sociedades contemporáneas y que aparecen por doquier en forma de “crímenes de odio”. El caso que reviso es el de las políticas contra este tipo de crímenes en los Estados Unidos y, de manera particular, en las políticas raciales y en las que tocan a lo que Nancy Fraser denomina las “sexualidades despreciadas”.²

¹ Estoy en deuda, otra de muchas, con Cristina Motta por su trabajo incansable en la edición del libro y en la coordinación de la Red de Académicas Latinoamericanas, *Red Alas*. Agradezco a Paola Bergallo, Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y al Centro de Derechos Reproductivos de la ciudad de Nueva York por organizar el encuentro de profesoras de Derecho y Género en América Latina y reunirnos en Buenos Aires para ponerle caras e ideas al mismo. A la Universidad de Palermo por su hospitalidad durante el encuentro y a todas las colegas que estuvieron presentes y con quienes tengo el honor de compartir este libro. Agradezco también a Isabel Cristina Jaramillo y a Felipe Botero por sus comentarios a la versión preliminar de este artículo.

² En general, Fraser usa esta expresión para referirse a los hombres gay y a las lesbianas, pero podría interpretarse también como una forma de introducir cualquier sexualidad que disienta de la norma heterosexual. NANCY FRASER, “¿De la Redistribución al Reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia Interrupta: reflexiones cri-*

Sin embargo, aspiro a que el marco en cuestión pueda iluminar el estudio del problema de las violencias por prejuicio en otras sociedades y, sobre todo, aspiro a que el mismo pueda aportar claridad analítica a los proyectos legales que aborden asuntos de subordinación y supresión de identidades políticas. Un crimen de odio es una conducta violenta motivada por prejuicio, y su producción y reproducción parecen propias de las sociedades humanas a lo largo de la historia. Sin embargo, es durante la segunda mitad del siglo XX cuando este tipo de violencia parece ganar un estatus teórico independiente en el panorama político, jurídico, social y académico de las sociedades post-industriales y multiculturales del hemisferio occidental. Probablemente los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento, durante los años sesenta, de movimientos sociales atravesados por demandas emancipatorias frente a prácticas racistas, clasistas, sexistas y homofóbicas han colaborado de forma rotunda a la identificación y el debate sobre las posibles estrategias para prevenir y reducir la incidencia y expansión de este tipo de violencia.

Si bien los “crímenes de odio” han azotado múltiples épocas y sociedades, éstos adquieren connotaciones particulares de acuerdo con el contexto en el que se producen, es decir, su lógica es propia del grupo social y del momento histórico en el que surgen. Es probable que estas variaciones deriven su importancia de la necesaria distinción entre las nociones de “odio” y “prejuicio”. En una definición general, el “odio” es un *sentimiento* de profundo disgusto hacia algo o alguien, y puede estar presente o no en el tipo de conducta de la que hablamos. El odio en tanto sentimiento puede tener un carácter universal. El prejuicio, por el contrario, más que un sentimiento es una opinión sin sustento suficiente en el conocimiento y, por lo general, resulta del miedo o la desconfianza frente a ideas diferentes de las propias.³ El prejuicio constituye un elemento *sine qua non* de aquella violencia que se dirige hacia ciertos individuos o grupos cuando éstos

ticas sobre la posición “postsocialista”, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997 [en adelante “¿De la Redistribución al Reconocimiento?”].

³ Véase, por ejemplo, PAUL PROCTER (ed.), *Longman Dictionary of Contemporary English*, Longman Publishing Group, Londres, 1978; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

pertenecen o parecen pertenecer a una o varias colectividades que han sido estigmatizadas en la sociedad y la época en las que la conducta violenta tiene lugar. El prejuicio, entonces, está enraizado en el orden social en el cual se produce y, por lo tanto, es local y situado. Mientras que el odio, en tanto sentimiento, no siempre demanda justificación; el prejuicio es lo que en sentido psicoanalítico se conoce como una “racionalización”, es decir, un procedimiento por el cual el individuo se da y da razones para justificar de manera coherente, lógica, y que parece aceptable frente al grupo social al que pertenece y frente a sí mismo, la reacción, por lo general negativa, que siente hacia algo o alguien.⁴

De manera que el tipo de violencia que nos ocupa consiste en “actuar un prejuicio” y hacerlo con la convicción de que se “tienen razones” que lo justifican. Pero, ¿de dónde proviene la necesidad de justificarse? ¿De dónde la convicción sobre las razones con las que se justifica la conducta violenta? En principio podríamos decir que la necesidad de justificar la animosidad hacia ciertos grupos o individuos que caracteriza al prejuicio proviene del miedo y la desconfianza hacia ciertas ideas, prácticas, actitudes e incluso corporalidades diferentes de las propias. La desconfianza y el recelo aparecen porque las diferencias nos recuerdan la contingencia de nuestros arreglos sociales y demandan que declinemos las jerarquías y privilegios que los acompañan y que con frecuencia consideramos naturales. Pero, en realidad, no es la diferencia como tal, sino el valor que le imponemos y el temor a que éste se desvanezca, lo que genera la ansiedad propia del prejuicio.

Veamos por qué la noción de “diferencia” es fundamental para entender cómo se articulan diferentes prejuicios en diferentes momentos históricos. El Estado moderno enfrenta constantemente el dilema de incluir como ciudadanos a aquellos individuos y grupos que difieren de la norma, es decir, a aquellos que problematizan la fantasía social de homogeneidad de “la comunidad imaginada”⁵ o la nación.⁶ Como nos lo recuerda Achille Mbembe,

⁴ Véase, por ejemplo, JEAN LAPLANCHE y JEAN-BERTRAND PONTALIS, *Diccionario de Psicoanálisis*, Editorial Labor, Barcelona, 1981, p. 349.

⁵ BENEDICT ANDERSON, *Imagined Communities*, Verso, Nueva York, 1983.

⁶ DAVID THEO GOLDBERG, *The Racial State*, Blackwell Publishers Inc., Malden, Mass., 2002, p. 10.

[...] el reconocimiento teórico y práctico de la carne y la sangre del “extranjero” como carne y sangre similares a la mía, la *idea de una naturaleza común, de una humanidad compartida*, ha aparecido y todavía aparece como un problema para la conciencia occidental.⁷

En otras palabras, en los Estados modernos occidentales las diferencias son percibidas como advenedizas frente a la condición de humanidad común y como lo que hace tambalear el ideal social de homogeneidad y cohesión. Pero, al mismo tiempo, hay una demanda constante de inscripción de las diferencias, puesto que sólo a través de ellas se conforman grupos hegemónicos que ostentan el poder para producirlas y reproducirlas.

Numerosos teóricos han argumentado que las “diferencias” son una construcción social y no una característica esencial de individuos o grupos. Comparto con Albert Memmi el argumento según el cual la construcción social de “diferencia” opera “asignando un valor a una diferencia real o imaginada en beneficio del acusado y a expensas de la víctima, con el fin de justificar la agresión o los privilegios del primero”.⁸ Es decir, la valoración por parte del grupo hegemónico de características reales o imaginadas ayuda a crear o a reproducir las fronteras entre un “nosotros” y un “ellos”, entre “yo” y el “otro”. Estos significados sociales son el resultado de gestos y procesos de poder ejercidos, en parte, por aquellos que disfrutaban de privilegios para asignar valores e inscribir fronteras sociales. Las diferencias han sido establecidas históricamente de maneras diversas; por ejemplo, a través de la reificación de características biológicas, como en el caso de la raza y el género, a través de la estigmatización de prácticas y expresiones culturales particulares, como en el caso de la religión, la etnia y la sexualidad, o a través del desarrollo de procesos económicos y diferenciaciones de clase. Desde luego, las diferencias biológicas, culturales y económicas se superponen y configuran mutuamente; sin embargo, *en las sociedades modernas y multiculturales las “diferencias” parecen desvanecerse⁹ y con ellas las certezas sobre las fronteras*

⁷ ACHILLE MBEMBE, *On the Postcolony*, University of California Press, Berkeley, 2001, p. 2 (traducción de la autora).

⁸ ALBERT MEMMI, *Dominated Men*, Beacon Press, Boston, 1971, p. 185.

⁹ Véase, por ejemplo, IRIS M. YOUNG, “The Scaling of Bodies and the Politics of

que permiten adjudicar valores y privilegios. Por eso se percibe como necesaria, por parte de grupos en peligro de perder la hegemonía racial, (hetero)sexual y de clase, entre otras, una re-inscripción del otro/a como diferente, una re-inscripción que va en contravía de las prácticas de participación social y democratización, y de cara a la violencia por prejuicio.

La violencia por prejuicio tiene, entonces, entre sus causas primordiales la necesidad de marcar diferencias entre colectividades hegemónicas y no-hegemónicas con el fin de reproducir arreglos sociales que benefician a las primeras. Por eso, es posible argumentar que el problema de la violencia contra el otro/a y la convicción frente a las razones que la justifican se origina en su pertenencia a una red de sentido que sólo se construye socialmente. Como lo han sugerido varios estudios sociológicos¹⁰ y psicoanalíticos,¹¹ el prejuicio no se produce en solitario, sino que es más bien el resultado de “odiar en la primera persona del plural”.¹² Por ejemplo, la violencia contra las mujeres emerge como problema social en un contexto de misoginia, la violencia contra los hombres gay, las lesbianas y los transgeneristas en un contexto de heterosexualidad obligatoria y de homofobia y la violencia contra una raza en un contexto racista. Si el prejuicio se genera por el miedo a la amenaza real o imaginada de perder ciertos privilegios y se justifica con falsas generalizaciones,¹³ estas generalizaciones se producen y reproducen en un contexto en el que una pluralidad de individuos ofrece legitimidad a los perpetradores de la violencia. Estos últimos buscan

Identity”, en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, p. 146.

¹⁰ Entre los múltiples textos que han tenido influencias mayúsculas en las explicaciones contemporáneas sobre el prejuicio cabe mencionar el de Jean Paul Sartre y también el de Theodor W. Adorno *et. al.* Véase JEAN PAUL SARTRE, “Portrait of the Anti-Semite”, *Partisan Review*, vol. 8, N° 2, 1946; THEODOR W. ADORNO, ELSE FRANKEL-BRUNSWICK, DANIEL J. LEVINSON y R. NEVITT SANFORD, *The Authoritarian Personality*, Harper, Nueva York, 1950.

¹¹ DONALD MOSS, “Introductory Thoughts: Hating in the First Person Plural: The Example of Homophobia”, en *American Imago*, vol. 49, N° 3, 1992, pp. 277-291 [en adelante “Introductory Thoughts”]. Véase también ELIZABETH YOUNG-BRUEHL, *The Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996.

¹² La expresión es de Donald Moss, *ibid.* Véase también DONALD MOSS (comp.), *Hating in the First Person Plural: Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny and Terror*, Other Press, Nueva York, 2003.

¹³ YOUNG-BRUEHL, *supra* nota 11, p. 143.

refugio en formaciones sociales que representen algún tipo de ley y orden y sean capaces de restituirles la certeza y seguridad que la incertidumbre sobre las diferencias les arrebató.¹⁴ Sorprende ver cómo los actores de la violencia por prejuicio, por lo general no consideran que estén haciendo algo reprochable. Por ejemplo, algunos grupos de supremacía blanca en los Estados Unidos afirman que su conducta violenta sólo “está preservando la forma de vida americana... como un derecho a usar la fuerza en defensa propia y para prevenir los ataques de aquellos que abiertamente amenazan [su] libertad”;¹⁵ en Colombia, los grupos de “limpieza social” justifican con frecuencia sus ataques contra niños de la calle, pordioseros, prostitutas, homosexuales, travestís y drogadictos como “actos de protección de la sociedad”.¹⁶ En ese sentido, argumento que aunque muchos agentes de violencia por prejuicio son no-estatales, éstos se ven a sí mismos como personificando al Estado, es decir, siguen, de cierto modo, la lógica del paramilitarismo al asumir una tarea que, a su manera de ver, el Estado ha fallado en realizar. Mucho se ha discutido, especialmente en los Estados Unidos, sobre las diferencias entre los discursos de odio —que en general están protegidos en ese país por el derecho a la libre expresión— y los crímenes de odio o conductas violentas motivadas por

¹⁴ Véase, por ejemplo, Moss, “Introductory Thoughts”, *supra* nota 11, p. 282.

¹⁵ Así lo afirman Tom Metzger y su hijo John, quienes lideran un grupo de supremacía blanca (White Aryan Resistance, WAR) en Estados Unidos. Tom presenta un programa de TV cable, tiene un periódico y una línea de emergencia en Washington D.C. Entre otras cosas, ejerció en los años setenta como Gran Dragón de los Caballeros del Ku Klux Klan por California, en 1980 ganó la nominación demócrata por California a la Cámara de Representantes y perdió posteriormente cuando se postuló para el Senado. Fue encontrado responsable —intelectual— del asesinato, a manos de tres cabezas rapadas locales, del inmigrante etíope Mulugeta Seraw en Portland, Oregon, y tuvo que pagar millones de dólares en reparaciones civiles. Citado por JACK LEVIN y JACK McDEVITT, *Hate Crimes (Revisited): American War on Those Who Are Different*, Westview, Boulder, 2002, p. 101 (traducción de la autora). Véase también CLAIRE KREGER (ed.), *White Supremacy Groups*, Greenhaven Press, Farmington Hills, 2003.

¹⁶ THE INTERNATIONAL GAY AND LESBIAN ASSOCIATION, “*Cleaning up the streets*”: *Human Rights Violations in Colombia & Honduras*, 1996 (traducción de la autora). Véase también JUAN PABLO ORDÓÑEZ, *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Colombia, la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas y Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos en Colombia, 1995.

prejuicio contra ciertas clases protegidas y que son castigados por la ley casi siempre con el aumento de las penas. Esta separación, sin embargo, tiende a desconocer que las múltiples formas en que los discursos del odio se despliegan en todos los registros de lo social, desde su repetición en espacios familiares hasta su encarnación en políticas estatales, pueden generar contextos de legitimación de la violencia por prejuicio. Por eso, aunque decir los prejuicios no es lo mismo que actuarlos, decirlos puede generar el contexto que legitima la acción violenta.¹⁷

Ahora bien, en la medida en que los prejuicios son situados y contruidos socialmente, se producen de manera diferente y generan distintos tipos de violencia. El marco analítico que propongo a continuación tiene como fin mostrar la importancia de identificar esos distintos tipos y maneras que tienen los prejuicios de ser actuados. Es importante tener en cuenta estas diferencias porque sólo a través de su distinción, aunque ésta sea meramente analítica, podemos identificar los modos como se da y se mantiene la intolerancia en cada sociedad particular. Como lo he anunciado, el caso que exploro en este texto es el de la violencia por prejuicio en los Estados Unidos. Después de presentar el marco analítico haré algunos comentarios a propósito de su utilidad para revisar el paralelo que se establece entre las leyes contra la discriminación y los estatutos contra los crímenes de odio en ese país, paralelo que ha otorgado constitucionalidad a estos últimos.

UN MODELO DE LECTURA

Propongo una distinción analítica entre las nociones de ‘discriminación’ y ‘exclusión’, que parecen estar estrechamente mezcladas en la literatura legal y académica sobre discriminación y crímenes de odio en Estados Unidos.¹⁸ ‘Discriminar’

¹⁷ Para una discusión sobre las diferencias entre discurso y conducta violenta en relación con el debate sobre la prohibición legal contra la pornografía véase MARÍA MERCEDES GÓMEZ, “Introducción”, en *Derecho y pornografía*, CATHARINE A. MACKINNON y RICHARD POSNER, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

¹⁸ No he encontrado, en la literatura sobre crímenes de odio o en la literatura sobre medidas contra la discriminación, una distinción explícita sobre el uso de las nociones de ‘discriminación’ y de ‘exclusión’. Sin embargo, esta

significa, en una primera acepción, “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”; pero también “dar trato de *inferioridad*¹⁹ a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos etc”.²⁰ ‘Excluir’, en cambio, significa “descartar, rechazar o negar la posibilidad de alguna cosa” o “ser *incompatibles* dos cosas”.²¹ De la definición de ‘exclusión’ quiero enfatizar la *incompatibilidad* entre elementos, mientras que de la noción de ‘discriminación’ quiero señalar, en primera instancia, el aspecto *jerárquico* o de *inferiorización* entre los elementos. A primera vista esta distinción sugiere que las prácticas que llamo ‘excluyentes’ serían aquellas que operan para *eliminar* ‘objetos materiales o inmateriales’ de un determinado orden. Estas prácticas no aspirarían, primordialmente, a inscribir el “objeto de la práctica” como *inferior* dentro de un orden jerárquico, sino a *suprimirlo* del orden como tal. Las prácticas que llamo ‘discriminatorias’, por el contrario, estarían orientadas, primordialmente, a *jerarquizar* como *inferior* una cosa o persona en un determinado orden.²² Así, mientras estas últimas se despliegan en

distinción, como veremos, empieza por diferencias en el significado de las palabras y se extiende a consecuencias políticas. El sociólogo jurídico Boaventura de Sousa Santos hace una distinción similar en su texto “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural”, en *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003. De Sousa Santos diferencia entre desigualdad y exclusión y argumenta que ambas constituyen sistemas de pertenencia jerarquizados. Aduce que en la primera la pertenencia está basada en la integración subordinada, y en la segunda, en la forma como se es excluido. En ambas descripciones coincido aunque uso el término “discriminación” en lugar de “desigualdad”. Mi argumento se desarrolla en otra dirección al enfatizar las consecuencias de esta distinción analítica en los usos de la violencia. Sin embargo, comparto con De Sousa Santos el carácter analítico e ideal de la distinción, así como el aspecto gradual y traslapado de ambas prácticas. Agradezco a Cristina Motta por esta referencia. Mi formulación de la distinción analítica entre “discriminar” y “excluir” está en deuda, sobre todo, con la obra de Ernesto Laclau y, en particular, con sus argumentos sobre la exclusión funcional y la exclusión radical. Véase ERNESTO LACLAU, *Emancipations*, Verso, Nueva York, 1996. En relación con la formulación de los tipos paradigmáticos de colectividades y de los usos de la violencia mi deuda es con el trabajo de Nancy Fraser, en particular con sus reflexiones sobre la redistribución y el reconocimiento. Véase *supra* nota 2 e *infra* notas 62 y 94.

¹⁹ Cursivas agregadas.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, tomo I, p. 760.

²¹ *Ibid.*, p. 930.

²² No olvidemos, que ‘discriminar’ también significa ‘separar, diferenciar una

las tensiones por el reconocimiento de una serie de derechos que deben distribuirse y garantizarse para todos, es decir, que son valorados positivamente por todos, las prácticas excluyentes suceden en el enfrentamiento entre visiones del mundo percibidas como incompatibles entre sí.

En ciertos momentos de la historia de los E.E. U.U., la raza y el género han sido colectividades paradigmáticas de la lógica de la discriminación, ya sea en la forma de negación de una humanidad compartida (*Dred Scott v. Sandford*)²³ o en la forma de la subordinación o inferiorización al interior de la comunidad (*Plessy v. Ferguson*)²⁴ —la doctrina legal de “separados pero iguales”. La lógica de la discriminación se articula en un uso específico de la violencia, que llamo *jerárquico* y que apunta, a través del gesto violento, a forzar o advertir al otro u otra sobre la “conveniencia” o “necesidad” de permanecer en “su lugar” de subordinación dentro de los arreglos establecidos en la jerarquía social.²⁵ Este uso jerárquico de la violencia se puede ilustrar con las prácticas de segregación y los linchamientos que caracterizaron las relaciones raciales durante el periodo conocido como *Jim Crow*. Las prácticas de linchamiento, por ejemplo, no estaban destinadas a eliminar al grupo de los afro-americanos sino a mandar un mensaje de terror que lo hiciera permanecer “dominado”, pero instrumental para el orden de supremacía blanca. La violencia contra las mujeres puede ser descrita de igual manera dentro de la lógica de la discriminación. Un caso

cosa de otra” y, en ese sentido, hay ciertas prácticas de selección que se consideran discriminatorias. Ésa es la definición que privilegia la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Wisconsin v. Mitchell*, 1993, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 508, p. 476, uno de los dos casos que han tratado la constitucionalidad de los estatutos contra los crímenes de odio. El otro es *R.A.V. v. St. Paul*, 1992, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 505, p. 377.

²³ Caso *Dred Scott v. Sandford*, 1857, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 60, p. 393.

²⁴ Caso *Plessy v. Ferguson*, 1896, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 163, p. 537.

²⁵ Véase, por ejemplo, PAULA ROTHENBERG, “The Construction, Deconstruction, and Reconstruction of Difference”, en *Bigotry, Prejudice and Hatred. Definitions, Causes and Solutions*, ROBERT M. BAIRD y STUART E. ROSENBAUM (eds.), Prometheus Books, Buffalo, 1992; FRANTZ FANON, *Black Skin, White Masks*, Grove Press Inc., Nueva York, 1967; LAWRENCE BLUM, “I’m Not a Racist, But...” *The Moral Quandary of Race*, Cornell University Press, Ithaca, 2002; OLIVER CROMWELL COX, *Caste, Class and Race*, Monthly Review of Press, Nueva York, 1970. Agradezco a Nancy Fraser por esta última referencia.

paradigmático ha sido el de la violencia doméstica y su carácter resistente a la intervención del Estado o a reformular las líneas que dividen lo privado de lo público.²⁶

Por el contrario, las sexualidades despreciadas son paradigmáticas de la lógica de la exclusión. Esta lógica se articula a través de lo que he dado en llamar un uso *excluyente* de la violencia que apunta a aniquilar al otro u otra antes que a mantenerlo como inferior o subordinado. El uso excluyente de la violencia se puede ilustrar con algunas de las prácticas médicas, legales y políticas que han caracterizado el trato de las sexualidades despreciadas en EE.UU. desde los años cincuenta.²⁷ Por ejemplo, el uso de fármacos y de la lobotomía, cuando se consideraba la homosexualidad como una enfermedad mental, eran prácticas de exclusión, destinadas a “aniquilar” una conducta antes que a mantener a quien la ejercía como subordinado. En otros ejemplos, es posible mostrar cómo, para algunos discursos religiosos y de extrema derecha, las sexualidades disidentes encarnan el mal, la perversión y el peligro para “las buenas costumbres y la moral”; por eso se trata de suprimirlas, no de mantenerlas subordinadas.

Los discursos concernientes a ambas lógicas operan de manera performativa, es decir, engendran oposiciones binarias entre la norma y el otro/a que amenaza la norma. Al producir la oposición, estas lógicas (discursos) dan lugar a los contextos que otorgan legitimidad al uso legal e ilegal de la violencia, tanto jerárquica como excluyente. La producción

²⁶ Nancy Fraser y Seyla Benhabib coinciden, a pesar de sus diferencias, en afirmar que el problema de la esfera pública y la justicia tiene que ver con quién tiene el poder para trazar esta línea divisoria entre lo privado y lo público. Véase SEYLA BENHABIB, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas” y NANCY FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en *Habermas and the Public Sphere*, CRAIG CALHOUN (ed.), MIT Press, Cambridge, Mass., 1992.

²⁷ Véase, por ejemplo, WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *GayLaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, pp. 82, 294-295; GARY DAVID COMSTOCK, *Violence Against Lesbians and Gay Men*, Columbia University Press, Nueva York, 1991, p. 8. Véase también JONATHAN KATZ (ed.), *Gay American History: Lesbians and Gay Men in the U.S.A.: A Documentary History*, Harper & Row, Nueva York, 1983, y JOHN D’EMILIO, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of a Homosexual Minority in the United States, 1940-1970*, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

del otro/a como amenaza tiene un rol fundamental en generar lo que David Goldberg llama la “igualdad homogeneizada”;²⁸ es decir, el “nosotros” se convierte en norma al “crear” el opuesto, el “ellos”; es decir, lo “no-blanco”, “no-masculino”, “no-heterosexual” se produce para afirmar “lo blanco”, “lo masculino” y “lo heterosexual”.²⁹ Sin embargo, esta homogeneidad socialmente construida es fuente de ansiedad debido a que las fronteras entre el “nosotros” y el “ellos” son porosas y dejan entrever “el horror de lo indeterminado”, de lo que no encaja en la oposición binaria sobre la que se construye el orden jerárquico del mundo social.³⁰ La porosidad de las fronteras evidencia la necesidad de marcar las diferencias. En algunos registros éstas son más flexibles y en otras más rígidas. Por ejemplo, como lo han afirmado académicos como Iris Young y Kenji Yoshino, entre otros, desde perspectivas legales y culturales, las características adjudicadas a la raza y al género aparecen como visibles e inmutables. En ese sentido, la producción cultural de subjetividades racializadas y de género hace posible que un hombre blanco *sepa* que no es ni está en peligro de ser una mujer negra.³¹ Por el contrario, la orientación sexual ha sido legal y culturalmente percibida como invisible y mutable.³² Los límites entre la heterosexualidad y la no-heterosexualidad son percibidos o experimentados por los individuos como más flexibles que los de raza y género y, por lo tanto, la necesidad de marcar las diferencias es más urgente.

El uso de la noción de *visibilidad* como un concepto analítico me ayuda a explicar el problema de la ansiedad frente a los límites o fronteras como una *demanda de exteriorización*

²⁸ Véase, por ejemplo, GOLDBERG, *supra* nota 6, p. 31.

²⁹ Véase, por ejemplo, KENDALL THOMAS, “Corpus Juris (Hetero) Sexualis: Doctrine, Discourse and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, en *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 1, N° 1, 1993, p. 47 [en adelante “Corpus Juris (Hetero) Sexualis”]; KENDALL THOMAS, “Beyond the Private Principle,” *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 1431-1516.

³⁰ Jacques Derrida y su propuesta deconstructiva parte de una crítica radical a la lógica de la oposición binaria para mostrar la ansiedad ante el “horror de lo indeterminado”, es decir, de lo *indecible*, lo que no encaja en el binario. Véase JACQUES DERRIDA, *De la Gramatología*, Siglo XXI, México, 1986.

³¹ YOUNG, *supra* nota 9, p. 146.

³² KENJI YOSHINO, “Covering”, *Yale Law Journal*, vol. 111, N° 4, 2002, pp. 771-993. Véase también ANDREW KOPPELMAN, *Antidiscrimination Law and Social Equality*, Yale University Press, New Haven, 1996, pp. 57-76.

violenta de la diferencia y como ejemplo del *papel que los usos de la violencia juegan en la producción del otro/a como amenaza*. El problema en sociedades diferenciadas y multi-culturales, como lo afirma Young, es que el otro/a ya no es tan diferente de mí; en consecuencia, individuos y grupos históricamente privilegiados han perdido claridad acerca de las maneras de marcar la diferencia, sobre todo porque creen que si no la hacen evidente de alguna forma, corren el riesgo de perder “los privilegios” que acompañan su identidad.

En el uso jerárquico de la violencia, la alteridad es visible y *a priori* del gesto violento (género, raza). El gesto sólo advierte para que el otro/a no se atreva a subvertir una jerarquía social establecida de antemano. En el uso excluyente de la violencia, y particularmente en el caso de la violencia por prejuicio sexual, por el contrario, la producción de la alteridad se da sobre todo *a posteriori*, es decir como resultado del gesto violento. Al ejecutar el acto violento con el objetivo de eliminar el peligro que representa la pertenencia “real o percibida” de la víctima a un determinado grupo, el perpetrador *fija* simultáneamente su identidad (como heterosexual) y la de su víctima (como no-heterosexual).

Ahora bien, de cierta manera el uso *excluyente* de la violencia resulta en una paradoja: a través del acto violento, el perpetrador no sólo afirma su identidad sino también la identidad que trataba de suprimir. Al confirmar su propia identidad como diferente de la de la víctima, el perpetrador está, asimismo, reinscribiendo la del otro/a, es decir, otorgándole significación. Tratando de liquidarla la constituye. Ésa es la paradoja del uso *excluyente* de la violencia, la cual se refuerza en las múltiples interpelaciones con las que la ley y las prácticas culturales institucionalizan el prejuicio sexual. Ambos tipos de violencia son *ejemplarizantes y siguen la lógica del terror*, pero con usos diferentes; una pretende subordinar la diferencia, la otra aniquilarla.

Siguiendo el argumento de la porosidad de los límites o las fronteras, afirmo que la homofobia, diferente del racismo y del sexismo, es “paradigmática de la ansiedad por los límites”³³ y del uso excluyente de la violencia, y que la sociedad estadounidense contemporánea ha sido configurada bajo los

³³ Véase, por ejemplo, YOUNG, *supra* nota 9, p. 146.

imperativos de lo que Adrienne Rich llama la “heterosexualidad obligatoria”.³⁴ La homofobia es la manifestación de un tipo de odio que proviene del miedo a perder las “credenciales masculinas”³⁵ apropiadas en un mundo que desprecia y desempodera individuos y conductas percibidas como transgresoras de las normas (hetero)sexuales y de conformidad de género.³⁶

Sin embargo, empírica e históricamente la distinción analítica entre la discriminación y la exclusión no es radical sino que ha sido dada como un continuo. Desde el comienzo de los años ochenta, los debates feministas, poscoloniales y de teoría *queer*³⁷ han luchado por ganar reconocimiento gracias al hecho de que los individuos son miembros de una multiplicidad de categorías (raza, clase, género, identidad de género, orientación sexual, entre otros) que constantemente se interceptan y, en consecuencia, se mueven —o sufren simultáneamente— subordinación y exclusión. Ignorar la interseccionalidad de las categorías es reproducir la subordinación y exclusión de los marginados entre los marginados, es decir, de aquellos que se inscriben en dos o más formas de subordinación y/o exclusión.³⁸ Asimismo, el tránsito a lo

³⁴ ADRIENNE RICH, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, en *The Lesbian and Gay Studies Reader*, HENRY ABELove, MICHELE AINA BARALE y DAVID M. HALPERIN (eds.), Routledge, Nueva York, 1993. Véase también THOMAS, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis”, *supra* nota 29; THOMAS, “Beyond the Private Principle”, *supra* nota 29.

³⁵ GAIL MASON, “Not Our Kind of Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, pp. 253-278.

³⁶ Aclaro que esta parte del modelo se refiere sobre todo a la homofobia contra los hombres homosexuales. Mi argumento general revisa la doble invisibilidad de las lesbianas: en el orden *epistemológico*, es decir, aquél que permitiría distinguir entre la violencia contra las mujeres y contra las lesbianas; y en el registro que llamo *normativo*, es decir, el que preguntaría por la instrumentalidad del deseo lésbico en un orden de heterosexualidad obligatoria.

³⁷ El término *queer*no tiene traducción directa al español excepto como “raro, extraño, excéntrico” y en su acepción inglesa fue usado comúnmente para referirse peyorativamente a sexualidades que desafiaban la norma. En la actualidad es usado como un término capaz de referirse a la inestabilidad de la sexualidad, a su condición no-natural y a la plasticidad del deseo. La teoría *queer*se opone a los binarios jerárquicos, no sólo en el registro sexual sino racial, de género y, en general, cuestiona desde lo marginal y lo diverso los saberes y prácticas institucionales y naturalizadas. Véase “Raras rarezas”, *Debate Feminista*, año 8, vol. 16, 1997; ANNAMARIE JAGOSE, *Queer Theory: An Introduction*, NY University Press, Nueva York, 1996.

³⁸ Véase, por ejemplo, KIMBERLE CRENSHAW, “Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, pp. 103-122,

largo de los polos opera bajo los imperativos de la *instrumentalidad*. Un acto o práctica es instrumental si sirve para reproducir o proteger un conjunto determinado de relaciones de poder. Y viceversa, la ausencia de instrumentalidad de un acto o práctica para los fines de ciertas relaciones de poder moviliza la necesidad de suprimirlas. Argumento que la producción del otro como amenaza es instrumental para el sistema de privilegios raciales y heterosexuales (entre otros) en los EE.UU. La esclavitud fue instrumental para la supremacía blanca, así como la segregación y los linchamientos; la subordinación de las mujeres ha sido instrumental para lo que Gayle Rubin llama un sistema de sexo-género³⁹ y la homosexualidad —especialmente masculina— ha sido instrumental para constituirse en el otro de un sistema injustificado de heterosexualidad obligatoria que requiere, para fortalecer la falta de fundamento de sus leyes, acudir a un uso excluyente y paradójico de la violencia.⁴⁰

En esta dinámica de subordinación y supresión, aquellos que son marcados como inferiores son de cierta utilidad para las ideologías de un determinado momento histórico y un determinado orden social. Pero, ¿qué pasa cuando esta “utilidad” expira, pierde claridad o se vuelve abiertamente transgresora? Parecería que cuando esto sucede, el uso más radicalmente excluyente de la violencia emerge porque hay un *exceso* —un residuo diferencial que no puede ser asimilado o dominado por la norma y tiene entonces que ser elimina-

y “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, pp. 357-383, en *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), The New Press, Nueva York, 1995.

³⁹ Véase, por ejemplo, GAYLE RUBIN, “The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex”, en *Towards an Anthropology of Women*, RAYNA REITER (ed.), Monthly Review Press, Nueva York, 1975. Traducción al español: “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, en *El Género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, MARTA LAMAS (comp.), Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), México, 1996. Por sistema de sexo-género Rubin entiende “el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (p. 37 de la versión en español).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, JACQUES DERRIDA, “The Force of Law”, en *Deconstruction and the Possibility of Justice*, DRUCILLA CORNELL, MICHEL ROSENFELD y DAVID GRAY CARLSON (eds.), Routledge, Nueva York, 1992. Existe traducción al español: *Fuerza de la Ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Editorial Técnos S.A., Madrid, 1997.

do, objetivamente *excluido*. Los ghettos raciales en grandes urbes como Nueva York y Los Ángeles son un ejemplo de esta transición histórica entre la discriminación y la exclusión. Los afro-americanos en estos espacios ya no son considerados “inferiores” sino “sobrantes”, un exceso que la sociedad es incapaz de o no está interesada en recibir.⁴¹

De forma parecida, las sexualidades despreciadas han experimentado ciertas transiciones desde la exclusión a la discriminación. No es éste el lugar para extenderme en consideraciones más precisas, pero cabe mencionar el papel “instrumental” del homosexual masculino y de la representación de prácticas sexuales entre mujeres en la economía del deseo masculino heterosexual. En el caso del homosexual masculino, éste suele ocupar el lugar del chivo expiatorio que “paga” por actuar el deseo prohibido y se hace necesario en tanto otro, es decir, como fuente de cierto placer erótico colateral que permite un ejercicio del poder en la violencia jerarquizante: el perpetrador necesita mantener a ese otro como inferior para disfrutarlo (en privado) y gozar (en público) de la violencia que ejerce sobre él.⁴² Asimismo, el homosexual masculino cumple el papel de referente en la construcción binaria de la identidad (hetero)sexual. Las credenciales de masculinidad aparecen dadas en, al menos, tres órdenes de construcción diferenciada de la identidad: no ser mujer, no ser niño y, sobre todo, no ser homosexual.⁴³ Si la oposición sexual binaria está regida por lo masculino como la norma y lo femenino como lo que se deriva de la norma, la heterosexualidad está dada asimismo por una oposición binaria masculino (norma)-femenino (sujeto a la norma), en un polo, y lo homosexual masculino (diferencia con la norma), en el *otro* polo de la oposición. Es la homosexualidad masculina, inscrita

⁴¹ ROBERT JOHNSON y PAUL S. LEIGHTON, “American Genocide: The Destruction of the Black Underclass”, en *Collective Violence*, JAMES F. SHORT, JR. y MARVIN E. WOLFGANG (eds.), Aldine-Atherton, Chicago y Nueva York, 1999. Véase también SLAVOJ ŽIZEK, “Superego by Default”, en *The Metastasis of Enjoyment: Six Essays on Women and Causality*, Verso, Nueva York, 1994. Para la noción de “exceso” en los ordenamientos sociales véase LACLAU, *supra* nota 18 y también PETER STALLYBRASS, “Marx and Heterogeneity: Thinking the Lumpenproletariat”, *Representations*, vol. 31, 1990. Agradezco a Ernesto Laclau por esta última referencia.

⁴² Véase, por ejemplo, YOUNG-BRUEHL, *supra* nota 11, pp. 157-158.

⁴³ Véase, por ejemplo, ELIZABETH BADINTER, “La diferenciación masculina”, en *XY, La identidad masculina*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, pp. 83-117.

en un orden de supremacía heterosexual obligatoria, lo que primero aparece como desestabilizador para la jerarquía instaurada por la norma, es decir, para la diferenciación entre lo masculino y lo femenino; diferenciación que permite a lo masculino gozar los privilegios de su supremacía. Así pues, en un orden del mundo social fundado en y sostenido por oposiciones binarias, mantener al homosexual masculino discriminado pero vivo parece ser instrumental para la producción y reproducción de la heterosexualidad obligatoria.⁴⁴

En el segundo caso, esto es, el de las prácticas sexuales entre mujeres, es posible decir que por cuanto éstas son objeto de la fantasía —masculina y femenina— heterosexual, su aceptación y “uso” estarían indicando que no hay propiamente exclusión, al menos en el orden de lo imaginario. Sin embargo, la sexualidad lésbica como tal, la que no es permeada ni permeable a la participación heterosexual, carece —al menos políticamente y para esta lógica— de articulación; es un sin sentido.⁴⁵

Estos *loci* de la sexualidad hacen posible afirmar que hay caminos recorridos por las sexualidades despreciadas, desde la mera exclusión hasta la discriminación; es decir, de ser blanco de aniquilación se han configurado como sujetos (necesarios) pero considerados inferiores.⁴⁶ La transición de prác-

⁴⁴ Se podría pensar que hasta los años sesenta, cuando sucede lo que se ha dado en llamar la revolución sexual en Estados Unidos, las mujeres ocupaban con claridad el espacio del otro como referente opuesto e inferior de la masculinidad; entonces los homosexuales eran claramente objeto de exterminio. Con las ganancias de los movimientos feministas, el referente de la masculinidad sufrió desplazamientos, las mujeres, aunque permanentes referentes para la identidad masculina, lograrían reducir la brecha de las diferencias y esto podría haber ocasionado que los homosexuales masculinos ocuparan el antiguo lugar de las mujeres como referentes de identidad, haciéndose así instrumentales para el orden masculino heterosexual y, por lo tanto, resistiéndose a ser únicamente, o sobre todo, objeto de prácticas excluyentes.

⁴⁵ Un sin sentido al modo de ver de Monique Wittig cuando afirma que en la lógica de la heterosexualidad obligatoria “uno es heterosexual o no es” puesto que la coherencia del sujeto en tal sociedad depende del orden constituido a través “de las obligaciones impuestas por el intercambio heterosexual y las instituciones que de él se derivan”. MONIQUE WITTIG, *The Straight Mind and Other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992, p. 28.

⁴⁶ Las estrategias más obvias para la asimilación son las del mercado y refieren a la construcción de modelos culturales a través de los medios de comunicación y la propaganda. Producciones de televisión del tipo *Queer Eye for the Straight Guy* o *Will and Grace* introducen espacios que propenden

ticas meramente excluyentes a prácticas discriminatorias encuentra otro ejemplo notable en el caso del debate sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo en los Estados Unidos. En julio de 2004 fracasó en el Congreso una iniciativa —*Federal Marriage Amendment (FMA)*— para reformar la Constitución y consignar en ella que el matrimonio es un lazo exclusivo entre un hombre y una mujer. Entre los argumentos con los cuales los grupos de derecha promocionaban la enmienda constitucional se destacan aquellos que ven en los matrimonios entre parejas del mismo sexo una forma de perversión, un camino hacia la poligamia, la estocada final de la protección del Estado a la familia y al matrimonio heterosexual, una sobrecarga del sistema de seguridad social con la inclusión de millones de nuevos dependientes, el fin de la propagación del evangelio cristiano y de la formación de familias con temor de Dios.⁴⁷ Cabe decir que estos discursos son, por un lado, una forma de crear un contexto de legitimación de la violencia excluyente al reproducir el estigma de las sexualidades disidentes como perversas, pero, por otro, la negación del derecho al matrimonio es discriminatoria puesto que marca claramente a algunos individuos como ciudadanos de segunda clase.

por la asimilación de las masculinidades no-heterosexuales pero de forma inversa: haciendo de los hombres no-heterosexuales la norma del “buen gusto” para que el individuo masculino heterosexual se vuelva un buen consumidor. La lógica del mercado lo domestica todo, aunque es curioso el fracaso de casi todos los programas de comedia de situación que incluyen lesbianas, aun si éstos son claramente compatibles con el *statu quo* (hay una nueva serie que se transmite con algún éxito en canales privados desde el 2004, *The L Word*). El más estruendoso de los fracasos de comedias de situación con personajes de lesbianas fue *Ellen* (protagonizado por Ellen de Generes) cuya duración después de su “salida del closet” no superó unos cuantos episodios y fue cancelado por la cadena ABC. Es curioso, sin embargo, el éxito abrumador logrado por Ellen de Generes en los últimos dos años como anfitriona de su propio *talk show*—sin referencia necesaria o permanente a su orientación sexual. Con esto contrasta la vasta demanda que tiene la industria pornográfica de películas que se acoplen a las fantasías (de participación) de lo que muchos individuos heterosexuales imaginan son las prácticas sexuales entre mujeres. Un ejercicio interesante es buscar en el Internet temas sobre lesbianas y darse cuenta de que una cantidad abrumadora de las páginas que aparecen son lugares cibernéticos de pornografía. No necesariamente sucede lo mismo, o no en las mismas proporciones, si uno busca información sobre homosexualidad masculina.

⁴⁷ Véase <www.nogaymarriage.com>. Contrasta con esta derrota, el voto de 11 Estados en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo en las elecciones presidenciales del 2004.

Podría decirse que la transición de cualquier colectividad afectada por prácticas discriminatorias hacia un momento excluyente depende de una reducción del valor instrumental que un orden normativo específico le asigna a tal colectividad. Y a la inversa, la transición de una colectividad afectada por prácticas excluyentes hacia un momento discriminatorio depende del valor instrumental que un orden normativo específico le asigne a tal colectividad. En general, los individuos encarnan más de una identi(ficación) y en consecuencia experimentan prácticas discriminatorias y excluyentes.⁴⁸

Es problemático, sin embargo, que la discriminación pueda aparecer en mi argumento como una forma menos dura o menos cruel de la injusticia social. Si es así, tal percepción probablemente se debe, en parte, a que las prácticas discriminatorias han encontrado una mediación importante en E.E. U.U. en lo que Kenji Yoshino nombra como el “prejuicio asimilacionista” encarnado en las leyes contra la discriminación. La asimilación es el *comodín* de la lógica contra la discriminación, puesto que opera en el sistema legal y en la cultura del país como un significante flotante, capaz de “curar muchos males sociales”.⁴⁹ Las prácticas legales han establecido una tensión entre la asimilación y la discriminación. Es decir, por un lado, el Estado ha tratado de asegurar la protección igualitaria ante la ley, reificando las características físicas de aquellos que históricamente no han podido asimilarse completamente —como las minorías raciales y las mujeres. Por otro lado, la ley y la cultura asocian otros grupos, tales como las minorías sexuales, con características que consideran modificables y, por tanto, estas últimas aparecen como aptas para alcanzar la completa asimilación.⁵⁰ Yoshino argumenta que la asimilación puede ser tanto un efecto como una forma de evitar la discriminación; y puede estar en lo correcto; sin embargo, es también posible argumentar que tanto el éxito en la asimilación como su fracaso tienden a resultar en la exclusión violenta. Si los esfuerzos asimilatorios fallan, la falla se percibe como una trasgresión

⁴⁸ Para una ilustración del asunto de la interseccionalidad de las categorías en relación con la violencia por prejuicio véase MARÍA MERCEDES GÓMEZ, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista*, año 15, vol. 29, 2004.

⁴⁹ YOSHINO, *supra* nota 32, p. 771.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *ibid.*

de la norma por el individuo o el grupo, una falla que lo hace blanco de la violencia. Si la asimilación es exitosa, el éxito exige el gesto violento para reinscribir la diferencia.

De cualquier manera, en los E.E. U.U. la violencia por prejuicio se ha entendido como una forma de violencia discriminatoria⁵¹ y las leyes que pretenden combatirla se han entendido como una versión paralela a las leyes contra la discriminación.⁵² Veamos algunos problemas que acompañan tal analogía.

EL PARALELO ENTRE LEYES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y ESTATUTOS⁵³ CONTRA LOS CRÍMENES DE ODIO

A continuación voy a comentar, a la luz del paralelo entre las leyes contra la discriminación y los estatutos contra los crímenes de odio, cómo se tejen las redes que invisibilizan a ciertos grupos y favorecen su exclusión. Baste por ahora anunciar que los estatutos contra los crímenes de odio han recibido su bautizo constitucional en la decisión de la Corte Suprema en *Wisconsin v. Mitchell*. Allí la Corte declara expresamente que el *motivo* juega el mismo papel en estos estatutos y en las leyes federales y estatales contra la discriminación y, por lo tanto, los estatutos son tan refractarios a los desafíos de constitucionalidad como lo han sido en el pasado las mencionadas leyes.⁵⁴

⁵¹ VALERIE JENNESS, "The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment", *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, pp. 279-308 [en adelante "The Hate Crime Canon and Beyond"]; VALERIE JENNESS y RYKEN GRATTET, *Making Hate a Crime: From Social Movement to Law Enforcement*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2001.

⁵² Este modo de proceder es lo que se conoce como "razonar por analogía", es decir, inferir desde casos anteriores que ya han sido apropiadamente solucionados y, como lo afirma Andrew Koppelman, "es la herramienta intelectual estándar de los abogados". Véase KOPPELMAN, *supra* nota 32, p. 3. Véase también CASS R. SUNSTEIN, "On Analogical Reasoning", *Harvard Law Review*, vol. 106, N° 3, 1993, p. 741.

⁵³ Conservo la palabra "estatuto", y no la traduzco por ley, para señalar la diferencia que existe en el Derecho norteamericano entre *law* como conjunto normativo o norma creada por el *Common Law* (precedente judicial) y "estatutos", que son normas creadas por los órganos legislativos bajo los procedimientos constitucionales, que prescriben conductas, definen delitos, crean instituciones, definen la apropiación presupuestal y, en general, promueven el interés general. Véase STEVEN H. GIFIS, *Law Dictionary*, Third Edition, Barron's Educational Series, 1991.

⁵⁴ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22.

Ahora bien, intento en esta parte dar algunas pautas para identificar los impasses teóricos que generan exclusiones dentro y fuera de las políticas identitarias que subyacen a las leyes contra la discriminación, y sugerir que estas exclusiones se repiten en los estatutos contra los crímenes de odio. Sin embargo, no pretendo promover aquí la posible ampliación de las clases protegidas en ninguno de los dos tipos de leyes para, por así decirlo, “incluir” los grupos excluidos y mucho menos reforzar las políticas sobre la identidad en general. Por el contrario, creo que estas políticas son paradójicas y, en muchos casos, contexto de por medio, emergen como espacios de legitimación con reducidos efectos reales o con efectos contraproducentes sobre las poblaciones afectadas.⁵⁵

La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos que trata el estatus de las minorías ha empleado casi como regla general, por lo menos hasta los años ochenta, la noción de discriminación en el sentido de *inferiorización*.⁵⁶ Así lo han hecho también las principales

⁵⁵ Wendy Brown argumenta que con este tipo de políticas el Estado “produce” legalmente las víctimas, y al hacerlo se “vuelve contra sí mismo”, es decir, filtra en una articulación legal su propia complicidad ante el daño social. Brown dice que los esfuerzos por hacer ilegales los daños sociales le otorgan gran poder a la ley y al Estado como protectores contra el daño y los hace aparecer como árbitros neutrales del mismo antes que con el poder de dañar. WENDY BROWN, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 21. Véase también ANNJANETTE ROSGA, “Policing the State”, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, inaugural issue, 1999, pp. 145-171.

⁵⁶ Como lo ha mostrado Neil Gotanda en su texto “A Critique of ‘our Constitution is Color Blind’”, en *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), The New Press, Nueva York, 1995, pp. 257-275, la noción de “inferioridad” y su relación con la jurisprudencia constitucional sobre raza podría presentarse en cuatro registros: el de status, que se rige por la formulación explícita de inferioridad racial (caso *Dred Scott v. Sanford*, *supra* nota 23, p. 393); el formal, cuya pretensión de neutralidad esconde los procesos históricos que han fundado la subordinación y que es el más representativo de la teoría de interpretación constitucional conocida como “color-blindness” (Caso *Plessy v. Ferguson*, *supra* nota 24); el histórico, que pretende reconocer que los procesos legales rígidos que desconocen los problemas de la “neutralidad” son cómplices en la producción de la inferioridad racial (caso *Brown v. Board of Education*, 1954, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 347, pp. 483-495), que puso fin a la doctrina de separados pero iguales en la educación pública y, más recientemente, *Bakke v. Regents of University of California* (1977, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 438, p. 265) donde el juez Marshal —en su salvamento de voto— describe cómo hay asimetría de significado en el uso, por parte de la jurisprudencia constitucional, de

teorías que se ocupan de las leyes contra la discriminación, las cuales, a pesar de sus diferencias, concuerdan en que tales leyes “buscan la transformación de la producción y reproducción social del estatus de *inferioridad* dado a ciertos grupos”.⁵⁷ Sin embargo, en *Wisconsin v. Mitchell*⁵⁸ —el

la noción de “raza negra” y “raza blanca”, pues, la primera enfatiza subordinación y la otra privilegio (GOTANDA, *ibid.*, p. 264). Gotanda muestra en su texto las tensiones que genera el empleo del estricto escrutinio en relación con los registros formal e histórico; en este último se ha usado para mostrar problemas históricos de inferiorización, pero en el primero se ha usado, aunque no de manera mayoritaria, para evaluar cualquier clasificación racial —o de minorías— sin referencia a su contexto histórico o social; por último, al referirse al registro cultural, Gotanda argumenta cómo la sociedad, cuando se rige por los preceptos de la neutralidad hacia la raza y el asimilacionismo, oculta y excluye las prácticas culturales y las tradiciones de las comunidades —en este caso— negras. Otros casos notorios de jurisprudencia constitucional sobre discriminación son: *Loving v. Virginia* (1967, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 388), que puso fin a la prohibición legal de los matrimonios interraciales; *McCleskey v. Kemp* (1987, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 481), en el que el prisionero Warren McCleskey demandó su sentencia de muerte —con base en la teoría de la protección igualitaria— probando que en el estado de Georgia los asesinatos de personas blancas eran cuatro veces más propensos a ser condenados a muerte que aquéllos que habían asesinado a personas negras. La demanda le fue negada. *Metro Broadcasting v. FCC* (1990, Corte Suprema, *Supreme Court Reporter*, vol. 110), en el que se buscaba aumentar las licencias de minorías para el manejo de medios de comunicación. En términos legislativos, el *Civil Rights Act* de 1964 y su *Title VII* pusieron las bases de las políticas de acción afirmativa y pueden interpretarse como un esfuerzo por proteger legalmente, especialmente en materia laboral (incluido el asunto del acoso sexual) y de vivienda, a minorías (en principio de raza, etnia y género) históricamente subordinadas.

⁵⁷ KOPPELMAN, *supra* nota 32, p. 13 (cursivas agregadas).

⁵⁸ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22. La otra decisión es *R.A.V. v. St. Paul*, *supra* nota 22. Ambos casos se enmarcan en un debate sobre la libertad de expresión y se quedan cortos en abordar el asunto de los crímenes de odio como tal. En *R.A.V.* la Corte declaró inconstitucional una ordenanza de la ciudad de St. Paul que prohibía conductas que despertaran alarma o resentimiento por razones de raza, color, credo, religión o género. Lo hizo con base en la Primera Enmienda, es decir, el derecho a la libre expresión. El caso se refiere a un grupo de adolescentes que en la madrugada de junio 21 de 1990 ensambló una rudimentaria cruz, uniendo las patas rotas de varias sillas, y la quemó en el jardín de la casa de una familia negra que vivía al lado opuesto de la calle donde los jóvenes estaban quedándose. En *Mitchell* la Corte ratificó el estatuto contra los crímenes de odio del Estado de Wisconsin, alegando que, a diferencia de *R.A.V.*, donde la decisión se refería al derecho a la libre expresión, este estatuto invocaba la necesidad de regular conductas. De acuerdo con el reporte del caso realizado por la Corte en *Mitchell*, un joven blanco fue golpeado la tarde de octubre 7 de 1989 por un grupo de adolescentes y hombres jóvenes de raza negra dentro del cual se incluía Mitchell. De acuerdo con el texto de la Corte sobre el caso, el grupo discutía una escena de la película *Mississippi Burning*, concretamente la escena en que un hombre blanco ataca a un

caso que fundamenta la constitucionalidad de los estatutos contra los crímenes de odio en el paralelo con las leyes contra la discriminación—y en otros casos previos a éste,⁵⁹ la noción de ‘discriminación’ que prima no es la de ‘discriminación’ como ‘inferiorización’, sino como un acto de selección de las víctimas motivado por animosidad hacia individuos o grupos pertenecientes a determinadas categorías o clases protegidas.

Entonces tenemos en juego al menos dos significados distintos de la noción de discriminación, tal como es definida en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. Uno refiere a la inferiorización y el otro a la selección perjudiciada de las víctimas. Lo que de esta aclaración se derive es algo que trataré más adelante, pero antes es necesario mencionar cómo la pretensión de transformación cultural que se les ha adjudicado a las leyes contra la discriminación ha sido, desde mediados de los años ochenta, seriamente erosionada por críticos del Derecho, especialmente por aquellos pertenecientes a la teoría legal crítica de raza, de género y sexualidad.⁶⁰ Como veremos, la importancia de tales críticas

niño negro que estaba rezando. Cuando el grupo sale a la calle, Mitchell asume el papel de instigador de violencia al preguntar a los otros: “¿Tienen ganas de acosar a algunos blancos?” Poco después, un joven blanco se acerca y Mitchell lo señala a los otros como objetivo para el ataque. El joven es golpeado, robado y entra en coma por cuatro días. En la opinión unánime, el presidente de la Corte, Juez William Rehnquist, escribió: “mientras la ordenanza declarada inconstitucional en *R.A.V.* estaba dirigida explícitamente a la expresión (es decir, ‘discurso’ o ‘mensaje’) el estatuto en este caso está dirigido a conductas no protegidas por la Primera Enmienda”. Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22. Véase también FREDERICK LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, p. 90. Mucho podría decirse sobre el discurso de la Corte en ambos casos, el modo de presentar los hechos y las dinámicas raciales en uno y otro. Eso, sin embargo, desborda mi interés inmediato en esta sección, que es el de analizar el paralelo entre leyes contra la discriminación y estatutos contra los crímenes de odio.

⁵⁹ Caso *R.A.V. v. St. Paul*, *supra* nota 22, y caso *Michael Earl Dobbins v. State of Florida*, 1992, la Corte de Apelaciones de La Florida, *Southern Reporter 2d*, vol. 605, p. 922 [en adelante *Dobbins v. Florida*].

⁶⁰ Para una revisión de los diversos argumentos de estos críticos, véase KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, Nueva York, 1995. También desde el punto de vista del género y la sexualidad, encontramos críticas relevantes en teorías del Derecho como CATHARINE A. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987; MARTHA MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990; JANET HALLEY, “The Politics of the Closet: Legal Articulation of

para mi argumento radica en su utilidad para identificar algunas referencias a la pertinencia de los estatutos contra los crímenes de odio como potenciales remedios contra la violencia por prejuicio.

Entre los desafíos a las leyes contra la discriminación se destacan aquellos que señalan cómo la aplicación e interpretación de estas leyes privilegia el punto de vista de los perpetradores y no de los afectados por la discriminación.⁶¹ El mayor problema, según esta perspectiva, es que revisando la historia de la interpretación y aplicación de estas leyes se hace posible afirmar que el problema de la discriminación se ha reducido a un asunto individual, localizado en un perpetrador o perpetradores, lo cual deja intacto el contexto social extenso que la produce y reproduce.⁶²

Otra crítica apunta a revelar las dificultades que genera el que las leyes contra la discriminación operen a través de clases protegidas singulares cuando la discriminación es un asunto de interseccionalidad de diferentes clases o categorías, es decir, de múltiples subordinaciones de raza, género, clase, orientación sexual, discapacidades, edad, entre otras. Las leyes contra la discriminación, al operar por categorías singulares, y al ser interpretadas desde la perspectiva de los grupos hegemónicos, hacen que otros grupos que son marginados desde múltiples ejes sean invisibilizados y desgarrados frente a sus propias identificaciones. Así,

[...] la discriminación por género imaginada desde la perspectiva de los hombres blancos es lo que les pasa a las mujeres blancas; la discriminación por raza es lo que les pasa a los hombres negros.⁶³

Sexual Orientation Identity", en *A Reader in Law and Culture*, KAREN ENGLE y DAN DANIELSEN (eds.), Routledge, Nueva York, 1995; KATHARINE FRANKE, "Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law & Desire", *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001; KATHARINE FRANKE, "What's Wrong with Sexual Harassment?", *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997; y los ya mencionados trabajos de Kendall Thomas y Kenji Yoshino, entre otros.

⁶¹ ALAN D. FREEMAN, "Anti-discrimination Law from 1954 to 1989: Uncertainty, Contradiction, Rationalization, Denial", en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, DAVID KAIRYS (ed.), Perseus Books Group, Nueva York, 1998.

⁶² Esta crítica puede compararse con el argumento sobre soluciones afirmativas que introduce Nancy Fraser en su trabajo sobre justicia social y política. Véase FRASER, "¿De la Redistribución al Reconocimiento?", *supra* nota 2, pp. 37-44. Véase también la evolución de su propuesta al respecto en NANCY FRASER y AXEL HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, Nueva York, 2003, pp. 72-88.

⁶³ KIMBERLE CRENSHAW, "A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Law

¿Dónde están situadas las mujeres negras en este escenario? Éstas son abandonadas con la carga de la prueba sobre su invisibilidad y forzadas a “traducir” sus experiencias a los códigos de las mujeres blancas y los hombres negros. Tal situación enfrenta las articulaciones políticas de las mujeres negras a un dilema muy difícil —ser negra o ser mujer— e incluso las hace objeto de acusaciones de ser elementos polarizantes en el interior de sus propias comunidades.⁶⁴ Esta cuestión merece, desde luego, ser formulada para todos aquellos que son marginales y están sub-representados en los arreglos legales referentes a la discriminación y la exclusión.⁶⁵

Un tercer argumento que desafía el efecto emancipador de las leyes contra la discriminación es el que apunta a desenmascarar la falsa neutralidad de la teoría constitucional conocida como *color-blindness*. Tal teoría se inició con *Plessy*,⁶⁶ se desarrolló en la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta enmienda, se afinó con la decisión en *Brown v. Board of Education*⁶⁷ y se extiende como una doctrina de interpretación constitucional hasta nuestros días.⁶⁸ El punto

and Politics”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, DAVID KAIRYS (ed.), Perseus Books Group, Nueva York, 1998, p. 358.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *ibid.*

⁶⁵ Para un caso muy interesante sobre la intersección de la orientación sexual y el género en las leyes contra la discriminación véase *Dawson v. Bumble & Bumble*, 2003, Corte de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, *Federal Supplement 2d*, vol. 546, p. 301. Agradezco a Paisley Currah por esta referencia.

⁶⁶ “[...] in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved”. Caso *Plessy v. Ferguson*: “[...] a los ojos de la ley, no hay en este país una clase dominante, superior de ciudadanos en el poder. Aquí no hay castas. Nuestra Constitución es ciega ante las diferencias de color y no conoce o tolera diferencias entre ciudadanos. En relación con los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley. El más humilde es par del más poderoso. La ley mira al hombre en tanto hombre y no tiene en cuenta sus circunstancias o su color cuando se trata de garantizar sus derechos civiles como ordena la ley suprema del territorio” (traducción de la autora). Véase *supra* nota 56.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, *supra* nota 56. Una vez abolida la esclavitud, las enmiendas constitucionales mencionadas fueron hechas alrededor de 1870 con la presunción de que protegerían los derechos civiles y darían nuevos derechos a los afro-americanos. Véase GOTANDA, *supra* nota 56, p. 257.

⁶⁸ Por ejemplo, en *City of Richmond v. J. A. Croson Co* (1989, Corte Suprema,

fundamental de la crítica es que la pretendida neutralidad del análisis constitucional legítima y perpetúa, a través de la fantasía de la asimilación,⁶⁹ los privilegios de los grupos hegemónicos sobre los no-hegemónicos, y lo hace al desconectar la asimetría entre ellos de los procesos históricos que la producen. Aunque referida primordialmente a la categoría de “raza”, su lógica es extensiva a otras clasificaciones. Como lo afirma Gotanda

[...] los constitucionalistas del *color-blind* viven en un mundo ideológico donde la subordinación racial es omnipresente pero ignorada, a menos que tome la forma de un prejuicio individual, irracional e intencionado.⁷⁰

Así pues, estas críticas nos dan algunas señales sobre los límites del análisis discriminatorio para abordar el problema de la violencia por prejuicio. Si, por un lado, las leyes contra la discriminación pretenden lograr una transformación cultural a través de discursos de protección igualitaria, los estatutos contra los crímenes de odio, por el otro, apuntan fundamentalmente a reducir la conducta violenta ejercida por prejuicio.

U.S. Reports, vol. 488, p. 469) la corte invalidó un programa para adjudicar contratos municipales a minorías con el argumento de que las clasificaciones raciales que beneficiaran a blancos o a negros eran sospechosas porque podían estar motivadas “por nociones ilegítimas de inferioridad racial o simplemente por política racial y podrían conducir a hostilidad racial”. En su adhesión a la opinión de la mayoría el juez Scalia argumenta contra la naturaleza de las clasificaciones raciales afirmando que éstas demandan escrutinio estricto. Su posición es la de mantener un programa remedial de neutralidad racial, que no tenga en cuenta los contextos históricos en que la discriminación se produjo (el registro formal del que habla Gotanda en relación con la teoría del “color-blindness”, véase *supra* nota 56). Según Scalia, tener en cuenta las clasificaciones raciales es generar juicios a partir del color de la piel o el origen nacional. Gotanda critica esta posición diciendo que no es la clasificación racial en abstracto la que es problemática sino la asimetría histórica que la sustenta y reproduce en la sociedad estadounidense. Desconectar esta historia es quedarse sin piso para entender la subordinación racial. GOTANDA, *supra* nota 56, pp. 266-269, n. 37.

⁶⁹ Según Kenji Yoshino, la fantasía asimilacionista —bien como una forma de protegerse de la discriminación o como su resultado— intercalada en la interpretación de las leyes contra la discriminación y en la cultura, apunta a erradicar las diferencias de tres maneras: por conversión (cambio en la característica), por simulación (la característica se puede retener pero hay persuasión para que se la oculte) o por encubrimiento (se le permite a la persona retener y revelar su característica pero se le impide que la ostente). YOSHINO, *supra* nota 32, pp. 771-773.

⁷⁰ GOTANDA, *supra* nota 56, p. 266.

El paralelo opera bajo las siguientes correspondencias: en primer lugar, ambos tipos de leyes transportan un “obligado interés del Estado” en reducir las prácticas discriminatorias y la violencia por prejuicio; en segundo lugar, el *motivo* juega en los estatutos el mismo rol que juega en las leyes contra la discriminación; en tercer lugar, ambos tipos de leyes protegen a ciertas clases como “categorías universales” y no como grupos específicos. Las clases protegidas, sin embargo, emergen de identificar grupos como históricamente vulnerables o como terreno de “fisuras sociales”.⁷¹

Aunque las definiciones de la noción de crimen de odio varían de estatuto a estatuto y de estado a estado, y en cada uno se protegen clases específicas que no necesariamente concuerdan, la característica más común entre los estatutos es, en su mayoría, el tener como objetivo central la reducción de la conducta violenta motivada por prejuicio a través del aumento de las penas. Por ejemplo, la corte de Apelaciones de la Florida en *Dobbins* afirma que

[...] el propósito de la sección 775.085 [en el Estatuto de Florida contra los crímenes de odio] es desanimar, a través del aumento de las penas, la *discriminación* contra cualquier persona (al hacerla víctima de un crimen) debido a su raza, color o religión.⁷²

Así mismo, la Corte Suprema en *Mitchell* anota que

[...] el deseo del Estado de reparar el daño individual y social que se piensa es infligido por los crímenes motivados por prejuicio provee una explicación adecuada para justificar el aumento de las penas y va más allá del mero desacuerdo sobre las creencias o prejuicios de los ofensores.⁷³

⁷¹ LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁷² Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora). Las clases protegidas en los estatutos varían de Estado a Estado. Casi todos los Estados han implementado algún tipo de estatuto entre 1982 y el 2003, excepto Wyoming. Casi todos los estatutos protegen raza y religión. Sin embargo, la inclusión de género, orientación sexual e identidad de género son muy controversiales. En la actualidad 30 Estados consideran la orientación sexual como clase protegida y sólo 7 y el distrito de Columbia la identidad de género. 18 Estados tienen estatutos que no incluyen orientación sexual y 2 Estados, Utah y Georgia, tienen estatutos contra crímenes motivados por prejuicio sin especificar categoría alguna. Véase, por ejemplo, NATIONAL GAY AND LESBIAN TASK FORCE, *Hate Crime Laws in the U.S.*, abril de 2005, <www.thetaskforce.org/downloads/hatecrimesmap.pdf>, visitada el 5 de mayo, 2005.

⁷³ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22.

En este sentido, los estatutos son vistos como medidas contra la discriminación orientadas a proteger a grupos vulnerables contra el crimen violento a través del aumento de las penas. Si seguimos la lógica del paralelo, podríamos volver a la primera crítica de los teóricos del Derecho a las leyes contra la discriminación y argumentar que la consideración de los estatutos como remedios para reducir la violencia por prejuicio a través del aumento de las penas colabora a reafirmar el carácter puramente individual de la conducta violenta.⁷⁴ Es decir, el Estado aumenta las penas a los perpetradores individuales, y al hacerlo, parece sugerir que sus conductas se producen como resultado de la particular irracionalidad del perpetrador. Argumento que esta situación es paradójica, por cuanto, por definición, todo prejuicio requiere un contexto social que lo establezca como tal. Por eso, el tema del aumento de las penas para reducir las conductas violentas motivadas por prejuicio es, a lo menos, insuficiente, dado el doble mensaje que parece transmitir: por un lado, se puede argumentar que el aumento de penas tiene un valor simbólico, es decir, el Estado emite un mensaje de no-tolerancia a este tipo de conductas, pero, por otro, reduce y de cierta manera “salva su responsabilidad” con la formulación de un castigo que es ante todo individual. Al individualizar la responsabilidad corre el riesgo de perder de vista y hacer perder de vista a la sociedad en general las raíces sociales de todos los prejuicios. Aún más, al reducir el castigo al aumento de penas individuales, el Estado ignora la parte que le corresponde en la creación y promulgación de los prejuicios.⁷⁵

Lo anterior se ve reforzado por el carácter formal que asume la noción de discriminación como *selección* en los estatutos y su polémica conexión con el marco histórico que da contexto a la conducta violenta (contexto que produce como

⁷⁴ FREEMAN, *supra* nota 61. También GOTANDA, *supra* nota 56.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, BROWN, *supra* nota 55. Ejemplos abundan sobre la relación entre discursos estatales como creadores del contexto que legitima la violencia contra ciertos grupos. Para citar un par de ellos recordemos el discurso contra la sodomía y el discurso contra el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Estos discursos de alguna manera legitiman desde el Estado actos violentos contra las sexualidades disidentes ejercidos por actores no-estatales y estatales, por ejemplo, la policía.

inferiores a ciertos grupos en relación con otros).⁷⁶ En *Mitchell*, donde se hace expreso el paralelo, la Corte confirma y castiga el acto violento discriminatorio como *selección*, por oposición a la necesidad de establecer el *motivo* subjetivo por el cual la víctima es escogida. El estatuto de Wisconsin, cuya constitucionalidad fue ratificada por la Corte Suprema, dice:

⁷⁶ Frederick M. Lawrence —véase LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 29— distingue en relación con los estatutos contra los crímenes de odio entre un modelo de discriminación selectiva y un modelo de animosidad racial. Lawrence advierte que su distinción es analítica y que en la mayoría de los casos los estatutos existentes no pueden situarse sin ambigüedad en uno u otro de los modelos. Sin embargo, la distinción nos permite apreciar más claramente las tensiones entre la discriminación como mera selección de la víctima y el motivo o prejuicio que está detrás de la conducta violenta. El modelo *discriminatorio* resalta que la víctima fue seleccionada y tratada con violencia; los motivos del atacante son irrelevantes; lo que importa y se castiga es el gesto discriminatorio de selección. La Corte Suprema ratificó la constitucionalidad de este modelo en casos como el antes mencionado *Wisconsin v. Mitchell* y, por contraposición, en *R.A.V. v. St. Paul*, con el cual declaró inconstitucional una ordenanza de la ciudad que parecía acoplarse más a la lógica del modelo de animosidad racial. El modelo de *animosidad racial*, por su parte, se concentra en determinar los prejuicios conectados con los actos de selección de las víctimas. Este modelo es el que aparece en las regulaciones del FBI y se enfrenta a la difícil tarea de determinar cuándo una conducta violenta es totalmente o en parte motivada por prejuicio; véase *ibid.*, p. 35. Desde 1990 se promulgó como ley federal el Acto de Estadísticas sobre los Crímenes de Odio (Hate Crime Statistics Act, 1990, *United States Code*, título N° 28, sec. 534), el cual obliga al FBI a recolectar anualmente estadísticas sobre los crímenes de odio en los Estados Unidos. Por eso, es significativo que el modelo de identificación de este tipo de crímenes empleado por esta agencia sea el de animosidad racial. Las figuras en los reportes del FBI son con frecuencia menores que las que aparecen en los reportes de las organizaciones (ONG) contra la violencia. Estas diferencias pueden ser rastreadas hasta las estaciones de policía, las primeras agencias de Estado en lidiar e identificar los crímenes. En general, en entrevistas con varios activistas de las ONG que tratan con violencia contra las comunidades de lesbianas, *gays*, bisexuales y transgeneristas, encontré que son muy pocos los incidentes que se registran en las estaciones de policía como crímenes de odio y alcanzan los tribunales. Es decir, la mayoría de los incidentes no se registran como crímenes de odio y muy pocos alcanzan a ser juzgados. Al menos es así en la ciudad de Nueva York y para la comunidad LGBT. Entrevistas en archivo con la autora.

La distinción entre modelos es significativa. En el primero, la eliminación de la discriminación aparece como un valor defendido formalmente, es decir, sin tener en cuenta los “prejuicios” particulares que están presentes en la conducta violenta, lo que puede conducir a suponer de nuevo que el perpetrador es un *individuo alterado* y que con la consignación de ciertas clases protegidas, la balanza, por así decirlo, se ha equilibrado y la asimetría entre grupos ha desaparecido. De hecho, esta asimetría es ignorada cuando lo que se consigna como clase protegida, en aras de hacer honor a la doc-

El estatuto contra los “crímenes de odio” exige una sentencia aumentada en cierto grado cuando el acusado intencionalmente *selecciona* una víctima por razón de su raza, religión, color, discapacidad, orientación sexual, origen nacional o ancestro [...].⁷⁷

Y más adelante agrega,

[...] aunque el *motivo* que pueda tener el acusado para cometer la ofensa criminal es un factor importante a la hora de determinar la sentencia a imponer, las creencias abstractas del acusado, por ofensivas que puedan parecer a la mayoría, no pueden ser tomadas en consideración por el juez al dictar sentencia.⁷⁸

Otra formulación de la noción de discriminación como selección se encuentra en *Dobbins*, así:

[...] no es el contenido del discurso lo que se prohíbe sino el acto de discriminar. No importa por qué una mujer es tratada de modo diferente que un hombre, un negro de un modo diferente que un blanco, un católico de un modo diferente que un judío; importa solamente el trato diferencial [...].⁷⁹

trina de protección igualitaria, es una categoría universal —raza, religión, color, orientación sexual, entre otros— y no un grupo específico históricamente atacado —afro-americanos, musulmanes, homosexuales, entre otros. En el segundo, las dificultades instrumentales de aplicar los estatutos bajo el modelo de animosidad racial no se originan solamente en el proceso de crear significados legales para la noción de “crimen *motivado* por prejuicio”. Sus dificultades provienen también de las tensiones históricas entre la policía y los grupos vulnerables. Porque la policía es la primera agencia del Estado en estar en contacto con el crimen y tiene en sus manos la tarea de identificarlo, las tensiones entre ella y los grupos vulnerados juegan un papel determinante en la instrumentalización de los estatutos. Casos como la golpiza a manos de la policía de Los Angeles de Rodney King en 1991, la tortura y sodomización del inmigrante haitiano Abner Louima en una estación de policía de Nueva York en 1997 y el asesinato con cuarenta tiros de Amadou Diallo, un inmigrante desarmado, en 1999 en la misma ciudad; así como la negligencia de los agentes de policía de Nebraska en el caso del asesinato transgenerista Brandon Teena, cuando reportó una violación y amenazas contra su vida, son sólo algunos ejemplos de comportamientos al parecer no tan excepcionales de la policía sobre individuos pertenecientes a grupos históricamente vulnerables. De cualquier forma, es justo también anotar que en los últimos años muchas ciudades y Estados tienen programas de educación de sus cuerpos de policía con buenos resultados en la reducción de las tensiones entre éstos y los grupos vulnerables (entrevista con Katie Doran, enlace entre la comunidad LGBT y el fiscal general de la ciudad de Nueva York, mayo de 2003. En archivo con la autora).

⁷⁷ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22, en el resumen del caso (traducción de la autora y cursivas agregadas).

⁷⁸ *Ibid.* (traducción de la autora y cursivas agregadas).

⁷⁹ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora).

Es evidente que la preocupación de la Corte es salvaguardar la libertad de expresión protegida por la primera enmienda. Sin embargo, esta intención genera impasses en la aplicación y el objetivo de los estatutos, porque ¿cómo es posible enfatizar el carácter formal (de selección) de la discriminación y a la vez defender el carácter histórico (definido como inferiorización) de la misma? A primera vista, los dos asuntos parecen conciliarse si la víctima que se selecciona como objeto de conducta criminal pertenece a un grupo que el Estado ha reconocido como históricamente subordinado. Para efectos legales de dictar sentencia, el carácter histórico de la discriminación ha pretendido ser reconocido —en la clase protegida— y, por lo tanto, la Corte y el juez se pueden “despreocupar” del prejuicio particular que motivó la conducta violenta. Pero es muy difícil determinar cuándo se produce un crimen de odio por fuera del marco que otorga un discurso prejuiciado previo o expreso en el momento de la conducta violenta. Entonces, el contenido del discurso juega un papel fundamental en determinar el estatus del crimen. Por ejemplo, una conducta violenta por prejuicio ejercida contra una lesbiana sólo puede reconocerse y diferenciarse de una conducta violenta por prejuicio ejercida contra una mujer si la “define” el discurso.⁸⁰ Uno podría decir que en ambos casos “el valor” de la violación de un derecho humano es igual si la agresión se ejerce contra una mujer, una lesbiana, un judío o un negro y, en efecto, así es, pero distinguir entre las diferentes razones parece ser fundamental para evitar que la pretendida neutralidad de la interpretación constitucional —encarnada en la noción de la discriminación como selección— legitime y reproduzca lo que la crítica a la doctrina del *color-blindness* llama la asimetría entre los grupos hegemónicos y no hegemónicos.⁸¹ Es posible que el requisito formal de tipo legal que

⁸⁰ Véase, por ejemplo, Ruth Ann Robson, quien ha argumentado que si el perpetrador no dice una palabra indicando prejuicio cuando está violando a una lesbiana, y si el género no está consignado como clase protegida pero si la orientación sexual, la violación no es un crimen de odio porque sólo por las “palabras” se puede identificar el crimen de odio contra una lesbiana. RUTH ANN ROBSON, *Lesbian (Out) Law: Survival Under the Rule of Law*, Firebrand Books, Ithaca, p. 147. También, RUTH ANN ROBSON, *Sappho Goes to Law School: Fragments in Lesbian Legal Theory*, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 20-21.

⁸¹ Véase, por ejemplo, *supra* nota 56.

implica hablar de discriminación como selección ayude a opacar la revisión histórica de los motivos que han producido prácticas discriminatorias y sus diferencias con lo que he denominado prácticas excluyentes.

La noción de discriminación como selección es concordante, por formal, con la inscripción de una serie de “categorías universales” pretendidamente neutrales —raza, género, religión, orientación sexual, entre otras— que adquieren, desde espacios políticos, su estatus de clases protegidas. Pero inscribir “categorías universales” puede ser problemático si de lo que se trata con su inscripción es de reparar las fisuras sociales o los viejos ejes donde se afina la discriminación.⁸² Por eso, el asunto de consignar ciertas clases como protegidas pretendía —visto desde los activistas que las propusieron— cubrir sólo a aquéllas cuya condición es la de ser “grupos que históricamente han estado sujetos a discriminación”.⁸³ Sin embargo, para evitar los desafíos que impone la doctrina de protección igualitaria,⁸⁴ no son los grupos particulares —afro-americanos, mujeres, musulmanes, homosexuales, entre otros— sino las categorías universales las que se protegen en los estatutos.

Es en este punto en particular donde reside con mayor fuerza la pertinencia de la distinción entre “discriminación” y “exclusión” que introduje en la primera parte de este ensayo. La noción de discriminación como selección hace colapsar las diferencias entre los prejuicios y, por tanto, asimila todas las conductas violentas a un uso jerárquico de la fuerza. Al hacerlo, invisibiliza el uso excluyente de la misma y pierde de vista que existen colectividades que son paradigmáticas de la exclusión. Estas borraduras se producen por las dificultades presentadas en la crítica de la interseccionalidad de las categorías, es decir, por cuanto los individuos suelen identificarse con múltiples colectividades y, por lo tanto, están atravesados por múltiples ejes de violencia, tanto intra-gru-

⁸² Véase, por ejemplo, LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁸³ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, JENNESS y GRATTET, *supra* nota 51, p. 122. La doctrina de protección igualitaria inscrita en la Constitución de los Estados Unidos ordena que todas las leyes han de ser aplicadas de manera igualitaria a todos los grupos e individuos en la sociedad. Para un análisis de esta doctrina en relación con los estatutos contra los crímenes de odio véase, también, JENNESS, “The Hate Crime Canon and Beyond”, *supra* nota 51, p. 293.

pal como inter-grupal. Suele suceder, como lo señala Crenshaw,⁸⁵ que desde el punto de vista de los grupos hegemónicos ciertas identidades se “tomen” las categorías. Ese “tomarse” las categorías está mediado precisamente por lo que aparece como instrumental para el orden social. Por ejemplo, desde el punto de vista intra-grupal, en el caso de la violencia por prejuicios de género y de orientación sexual, uno podría parafrasear a Crenshaw y preguntarse: ¿es la violencia por misoginia, imaginada desde la perspectiva del paradigma heterosexual, lo que les pasa a las mujeres heterosexuales y es la violencia por homofobia lo que les pasa a los hombres gay? Si es así, lo que se hace evidente es la invisibilidad de la violencia contra las lesbianas, el grupo menos instrumental para la supervivencia del sistema de heterosexualidad compulsiva.⁸⁶

Desde el punto de vista inter-grupal, las exclusiones se afincan en la neutralidad impuesta por las categorías universales a las asimetrías históricas entre los grupos. La consagración de clases protegidas se produce por los esfuerzos de diversos movimientos sociales y está enmarcada dentro de políticas identitarias. El resultado de estas luchas, sin embargo, es paradójico: los estatutos emergen como una necesidad de llamar la atención sobre la especial vulnerabilidad de ciertos grupos o identidades políticas, pero, como las leyes tienen que ser aplicadas de la misma forma a todos los miembros de la sociedad, éstas no ofrecen ninguna solución o protección a los grupos vulnerables que no estén simultáneamente disponibles para todos los miembros de la sociedad.⁸⁷ Es decir, el crimen contra un homosexual es equivalente al crimen contra un heterosexual, el crimen contra un negro es equivalente al crimen contra un blanco, etc. Esto tiende a vaciar de sentido las demandas de los activistas que promovieron la creación de los estatutos⁸⁸ y, desde luego, el sentido de las clases protegidas mismas, el cual parecía vehicular

⁸⁵ CRENSHAW, “A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Law and Politics”, *supra* nota 63, p. 358.

⁸⁶ Aún más profunda es la borradura de, por ejemplo, la violencia contra lesbianas negras y pertenecientes a la clase trabajadora. Véase GÓMEZ, *supra* nota 48.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, JENNESS, “The Hate Crime Canon and Beyond”, *supra* nota 51, pp. 293-294.

⁸⁸ *Ibid.*

[...] el interés obligado del Estado en asegurar los derechos humanos básicos (no ser objeto de actos criminales) de los miembros de grupos que históricamente han estado sujetos a discriminación [...].⁸⁹

Por otra parte, hablando en propiedad, no hay estatutos neutrales,⁹⁰ es decir, no existe la simple conducta de “selección de la víctima como discriminación”. Las legislaturas estatales y federales expresan valores al tomar decisiones sobre cuáles categorías merecen reconocimiento y cuáles no. No en vano casi todos los estatutos incluyen raza, religión y etnia como clases protegidas; pero la inclusión del género, la orientación sexual y la identidad de género, entre otras, son polémicas y muy debatidas.⁹¹ Por eso, la exploración de cuáles prejuicios entran en juego en los crímenes de odio puede ser útil para establecer políticas que apunten a la justicia social. Los prejuicios no sólo hablan de las dinámicas intergrupales, sino, lo cual es más importante, son indicadores de los “valores” hegemónicos que producen y reproducen las prácticas excluyentes en cada sociedad en particular. Por ejemplo, Lawrence comenta,

[...] los Estados que excluyen la orientación sexual de los estatutos contra los crímenes de odio están haciendo un argumento normativo sobre la homosexualidad y el tratamiento de los hombres gay y las lesbianas... La falla en incluir la orientación sexual implica que éstos y éstas no merecen la misma protección que las minorías raciales, religiosas y étnicas, y que la orientación sexual no es una fractura social tan importante como la raza, la religión y la etnia.⁹²

⁸⁹ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora).

⁹⁰ Véase, por ejemplo, LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁹¹ Si un crimen de odio contra una lesbiana es casi imposible de identificar debido a la intersección entre el género y la orientación sexual, entonces, por ejemplo, la exclusión del género de los estatutos para que avance la orientación sexual afecta no sólo a las mujeres sino también a las lesbianas. Para un análisis del debate sobre la inclusión de categorías véase JENNESS y GRATTET, *supra* nota 51; VALERIE JENNESS y KENDAL BROAD, *Hate Crimes: New Social Movements and the Politics of Violence*, Aldine de Gruyter, Nueva York, 1997; TERRY MARONEY, “The Struggle Against Hate Crime: Movement at a Crossroads”, *New York University Law Review*, vol. 73, pp. 564-620; para el debate en relación con el movimiento de gays y lesbianas en particular véase BARRY D. ADAM, JAN WILLEM DUYVENDAK y ANDRÉ KROUWEL (eds.), *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics: National Imprints of a Worldwide Movement*, Temple University Press, Filadelfia, 1999.

⁹² LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

El debate también está vivo en el ámbito federal donde, por ejemplo, en la formulación del Acto para las Estadísticas de Crímenes de Odio —Hate Crime Statistics Act— de 1990,⁹³ la adición de la orientación sexual como una clase protegida fue negociada con la condición de que fueran incluidos en el texto argumentos sobre la condición de ciudadanos de segunda clase de los homosexuales.⁹⁴

Estas contradicciones, presentes en el interior de los estatutos y en los discursos estatales orientados a reducir la violencia por prejuicio, hacen evidente, entre otras cosas, que el colapso de las prácticas discriminatorias y excluyentes en el paralelo entre las leyes contra la discriminación y los estatutos en cuestión, colabora al camuflaje de las diferentes maneras como se producen y reproducen socialmente los prejuicios y, por lo tanto, dificulta hacer distinciones entre las políticas que pretenden legitimar en el orden legal lo que no pueden desenmascarar culturalmente, y las políticas que podrían ser emancipadoras o transformadoras del contexto social que facilita la violencia.⁹⁵

⁹³ Hate Crime Statistics Act, *supra* nota 76.

⁹⁴ La demanda tuvo como líder al senador Jessie Helms e hizo consignar en el texto del acto los siguientes párrafos: “Nada en esta sección causa una acción [legal] o el derecho a proseguir con una acción [legal] basada en la discriminación por orientación sexual. Tal y como es usado en esta sección el término “orientación sexual” significa homosexualidad o heterosexualidad consensual... La vida familiar americana es la fundación de la sociedad americana... las políticas federales deben promover el bienestar, la seguridad económica y la salud de la familia americana... la escuela no debe perder de vista el valor crucial de la vida familiar americana... Nada en este Acto... debe ser interpretado, ni ninguno de los recursos destinados a su implementación deben ser usados para promover o estimular la homosexualidad”. Hate Crime Statistics Act, *supra* nota 76 (traducción de la autora).

⁹⁵ Este planteamiento gira alrededor de la crítica de Wendy Brown —véase, por ejemplo, *supra* nota 55— a las políticas de la identidad y su “giro legal” y, aunque con diferencias notables con la autora mencionada, a la clasificación que hace Nancy Fraser sobre los tipos de solución posibles en el dilema contemporáneo entre redistribución y reconocimiento. Me refiero a la tipificación de soluciones afirmativas y transformadoras para las fallas de reconocimiento: por remedios afirmativos Fraser entiende aquellos “dirigidos a corregir los resultados inequitativos de los acuerdos sociales, sin afectar el marco general que los origina”. Y por remedios transformadores entiende aquellos “dirigidos a corregir los resultados inequitativos, precisamente mediante la reestructuración del marco general implícito que los origina”. FRASER, “¿De la Redistribución al Reconocimiento?”, *supra* nota 2, pp. 37-44; FRASER y HONNETH, *supra* nota 62, pp. 72-82. En este último texto, Fraser argumenta que la distinción entre afirmación y transformación

CONCLUSIÓN

Para terminar, quisiera recalcar algunos puntos que ya mencioné y abrir otros a futuros desarrollos. En primer término, debo recordar que la distinción analítica entre discriminación y exclusión que introduje en la primera parte del texto se conecta con el paralelo en, al menos, dos sentidos: primero, como lo quise hacer evidente allí, no todos los casos de violencia por prejuicio son prácticas discriminatorias en el sentido de un uso jerárquico de la violencia; también las hay excluyentes y marcadas por esta intencionalidad a través del gesto violento. Si el paralelo funda la constitucionalidad de los estatutos bajo la lógica de las leyes contra la discriminación, he considerado pertinente preguntar por el estatus que tienen en éste las prácticas excluyentes. Con las críticas no pretendí, sin embargo, sugerir o alentar un fortalecimiento de las políticas identitarias; en otras palabras, no pretendo sugerir como remedio para los impasses del paralelo la creación de categorías grupales nuevas para incluir aquellos grupos que aparecen sufriendo un mayor grado de exclusión. Más bien, quería revisar por qué los estatutos parecen tan o más insuficientes que las leyes contra la discriminación para producir transformaciones sustanciales y no meramente formales de las prácticas discriminatorias y excluyentes en la sociedad estadounidense contemporánea. En segundo lugar, he identificado dos usos de la definición de “discriminación” en la interpretación constitucional, fundamentalmente entre un sentido que privilegia su significado de *inferioridad* y otro que destaca su definición en tanto un acto de *selección* de las víctimas. He querido mostrar que si la interpretación que prima es la última, se intensifica la invisibilidad de las prácticas excluyentes y de los grupos que las sufren.

En tercer lugar, y a partir de las correspondencias en que se sostiene el paralelo, he tratado de mostrar que las contradicciones en el interior de los estatutos y en los discursos estatales sobre los mismos ayudan a crear un contexto que

no es absoluta sino contextual y propone lo que denomina una vía media de *nonreformist reform*, que demanda ciertas restricciones institucionales, entre otras, “estas estrategias deben evitar la consagración constitucional de derechos grupales y el establecimiento de otras distinciones de estatus que sean difíciles de cambiar”. *Ibid.*, p. 82 (traducción de la autora).

legítima las prácticas discriminatorias y excluyentes en la sociedad. Como lo sugerí en la introducción, la violencia por prejuicio es perpetrada por actores no-estatales —y en ocasiones estatales— que se ven a sí mismos personificando al Estado. Ellos hacen lo que, desde su punto de vista, el Estado debería pero ha dejado de hacer. Podríamos llamar a esta lógica, la lógica del paramilitarismo. Como los prejuicios también han permeado la vida social a través de regulaciones y prácticas estatales, la re-creación de la discriminación y la exclusión, en la forma de crímenes de odio, puede aparecer legítima ante los perpetradores e, incluso, el Estado mismo puede tornarse en cómplice de los mismos.

El Estado, en sus contradicciones, responde a estas tensiones identificando ciertas conductas sobre ciertas clases de individuos como merecedoras de especial protección. Este intento de protección nos pone en presencia de la estrategia que proponen los estatutos para reducir la conducta violenta motivada por prejuicio, es decir, el aumento de las penas. Esta estrategia es, desde todo punto de vista, insuficiente para abarcar el problema social de la producción y reproducción de los prejuicios, por sus dificultades instrumentales y simbólicas: instrumentales, por los problemas de identificar y reconocer el estatus específico de este tipo de crimen; y simbólicas por el conflicto entre el interés del Estado en mandar simultáneamente mensajes de no-tolerancia frente a este tipo de violencia y reforzar —con pretensiones de neutralidad— las asimetrías históricas entre los grupos. Pero, ante todo, es problemática la pretensión de clasificar de manera singular a los individuos afectados por los múltiples ejes de subordinación y exclusión y de producir y reproducir identidades rígidas divididas entre víctimas y perpetradores. Este asunto se abre como una cuestión fundamental, es decir, si los estatutos reproducen las paradojas de las políticas identitarias, oscilantes entre la búsqueda de reconocimiento de identidades particulares históricamente subordinadas y excluidas y las luchas por deconstruir tales identidades, entonces, ¿qué tipo de soluciones vale la pena proponer para tratar con la creciente y siempre terrorífica violencia social en su también paradójica relación con la diferencia? Como lo he sugerido, la violencia por prejuicio aparece con independencia de los resultados de los esfuerzos legales y culturales

de asimilación. Si el otro/a no se asimila al orden hegemónico, paga con violencia por la trasgresión; si, por el contrario, la asimilación es percibida como exitosa, el gesto violento se hace urgente para restablecer la diferencia. Ése es el dilema que hemos de afrontar en la teoría y en la acción.

Segunda parte
UNIVERSOS DE DOMINACIÓN

REFORMA LEGAL, FEMINISMO Y
PATRIARCADO EN COLOMBIA:
el caso de la Ley de Cuotas para mujeres
en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva

Isabel Cristina Jaramillo

INTRODUCCIÓN

El 15 de junio de 1999 la sala plena de la Cámara de Representantes de Colombia aprobó el proyecto de Ley número 158 de 1998:

Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos \1 “13” 13, \1 “40” 40 y \1 “43” 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.

Después de ser declarado constitucional por la Corte Constitucional,¹ el proyecto fue sancionado por el Presidente, convirtiéndose en la Ley 581 de 2000 (de aquí en adelante, Ley de Cuotas). La Ley prevé, entre otras cosas, que una vez entrada en vigencia las mujeres ocupen al menos un 30%

¹ Sentencia C-371 de 2000, Corte Constitucional, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz (sin salvamentos de voto). La decisión declaró inexequibles algunos artículos de la Ley, pero no aquellos referidos a la cuota femenina en los altos niveles decisorios de la administración nacional.

de todos los cargos de alto nivel decisorio dentro de la Rama Ejecutiva.

A pesar de que podría parecer que la Ley introduce una mera reforma incremental, ya que cuando fue sancionada las mujeres colombianas ya ocupaban un 2,4%² de todos los cargos dentro de la rama ejecutiva, es bastante revolucionaria³ pues distingue “los cargos de máximo nivel decisorio” (por ejemplo, ministros, directores de Departamentos Administrativos, superintendentes y cargos similares a nivel regional) de “otros cargos decisorios”, y requiere que la cuota sea implementada teniendo en cuenta esta distinción.⁴

El propósito de este trabajo es dar cuenta del proceso que llevó a la aprobación de esta “revolucionaria” ley (primera y segunda partes) y evaluar su potencial para transformar el orden patriarcal a la luz de las especificidades del contexto que revela el proceso legislativo (tercera parte).

En la primera parte ofrezco razones que explican la promulgación de la Ley, dadas las restricciones procedimentales impuestas por la Constitución de Colombia y el reducido número de mujeres que hacía parte del Congreso al momento de debatirse y aprobarse. La explicación, que no pretende operar con la lógica de la estricta causalidad, asume que los miembros del Congreso, como actores institucionales, tienen intereses y restricciones propios y que, como individuos inmersos en una sociedad particular, sus acciones se ven afectadas por las representaciones culturales imperantes. Pro-

² Según lo establece la exposición de motivos del proyecto de Ley de Cuotas presentado al Congreso de la República. Véase *Gaceta del Congreso*, N° 159, 24 de agosto, 1998, p. 6.

³ Y única. De acuerdo con estudios de Derecho comparado, ningún otro país en el mundo cuenta con cuotas de obligatorio cumplimiento para estas posiciones. La tendencia general ha sido la de introducir cuotas en los partidos políticos. Véase MIM KELBER (ed.), *Women and Government: New Ways to Political Power*, Praeger, Westport, 1994. Para una crítica alrededor de esta tendencia, véase JANE JENSON, “A Third Wave? Women’s Movements and State Institutions”, documento preparado para la segunda reunión de *Movimientos por la Mujer y Estado*, Pennsylvania State University, 30 de abril-2 de mayo, 1998. Para Latinoamérica, véase MALA N. HTUN y MARK JONES, “Engendering the Right to Participate in Decision-making: Electoral Quotas and Women’s Leadership in Latin America”, documento preparado para publicación en el 95° Encuentro Anual de la Asociación Americana de Ciencias Políticas, Atlanta, Georgia, 2-5 de septiembre, 1999 (archivado en la American Political Science Association).

⁴ Ley 581 de 2000, publicada en el *Diario Oficial*, 31 de mayo, 2000, arts. 2, 3 y 4 [en adelante Ley de Cuotas].

pongo que, en tanto actores institucionales, los miembros del Congreso estaban interesados en el mantenimiento y la expansión de su poder político y económico a través de redes de clientela, en mantener la legitimidad del Congreso y en mejorar la posición del país en la comunidad internacional. También les atribuyo la creencia de estar limitados en sus acciones por el Derecho internacional y constitucional. En tanto actores culturales, les atribuyo representaciones de género funcionales para el patriarcado y al mismo tiempo el deseo de superar la barbarie.

Partiendo de estos supuestos, argumento que la Ley fue aprobada, en primer lugar, porque crearía una grave y repentina crisis en el gabinete, que sería aprovechada por los congresistas para extender sus maquinarias burocráticas;⁵ en segundo lugar, porque su entrada en vigencia y su implementación dependerían final y directamente de la Corte Constitucional⁶ y del Presidente;⁷ en tercer lugar, porque podría ser utilizada para confirmar la buena disposición de las instituciones colombianas para cumplir con los estándares internacionales del progreso,⁸ y así obtener los beneficios de esa imagen;⁹ y, por último, porque existen normas interna-

⁵ Véase JOHN D. MARTZ, *The Politics of Clientelism: Democracy & the State in Colombia*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1997; y FRANCISCO LEAL y ANDRÉS DÁVILA, *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1990.

⁶ Véase *supra* nota 2.

⁷ La Constitución colombiana otorga al Presidente poder de veto sobre las leyes aprobadas en el Congreso. Éste puede ser por razones de inconveniencia, o por razones de inconstitucionalidad. *Constitución Política de Colombia*, vigente desde el 6 de julio, 1991, arts. 165-167 [en adelante *Constitución Política*]. Tal como será explicado más adelante, la implementación de la Ley depende del Presidente y directamente de las autoridades locales, puesto que es a ellas a quienes se les otorga el poder de designar y remover personas de los altos niveles decisorios a los que se refiere la Ley.

⁸ Véase la Resolución 1990/4, citada en UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS [CENTRO DE DESARROLLO SOCIAL Y ASUNTOS HUMANITARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS], *Women in Politics and Decision-making in the Late Twentieth Century: A United Nations Study*, Kluwer Academia Publishers, Norwell, 1992. Véase también KATHERINE STAUDT, "Gender Politics in Bureaucracy: Theoretical Issues in Comparative Perspective", en *Women, International Development, and Politics: The Bureaucratic Mire*, KATHERINE STAUDT (ed.), Temple University Press, Filadelfia, 1990; y CAROLINE MOSER, *Gender Planning and Development*, Routledge, Londres, 1993.

⁹ A raíz del contexto particular colombiano de guerra contra los grupos guerrilleros y paramilitares, de las acusaciones hechas por la ONU y por varias ONG de graves violaciones a los derechos humanos, y del paquete de

cionales y constitucionales que estipulan la “adecuada y efectiva” participación de las mujeres en la administración pública.

En esta parte argumento también que las representaciones patriarcales de género operaron en favor de la aprobación de la Ley porque posibilitaron la presentación de las mujeres como mejor dotadas para ser “peones” de las maquinarias burocráticas. A estas representaciones les atribuyo, además, la percepción de que en realidad la Ley no introduciría cambios estructurales en el régimen patriarcal.

En la segunda parte sostengo que aunque las razones anteriores pueden parecer suficientes para justificar la promulgación de la Ley de Cuotas por parte del Congreso, ésta no hubiese sido aprobada sin los continuos esfuerzos de algunas feministas colombianas. Aquí asumo que los miembros de los movimientos feministas son actores interesados en promover la transformación del régimen patriarcal y en obtener cargos de poder en la burocracia,¹⁰ pero también que están limitados por sus deficiencias organizacionales, por sus creencias ideológicas y por el carácter controversial de sus demandas.

Esta parte narra los pasos seguidos por algunos grupos dentro del movimiento colombiano de mujeres para garantizar la aprobación de la Ley de Cuotas, describe las características generales y la evolución del movimiento, explica por qué no ha alcanzado a las mujeres de clase media y alta, y ofrece una interpretación sobre la importancia que el movimiento de mujeres le adjudicó a la Ley.

En la segunda parte discuto la distribución de los costos y beneficios que derivarían de la promulgación de la Ley, teniendo en cuenta el carácter conflictivo que se espera ten-

ayuda que el gobierno está tramitando frente al Congreso de los Estados Unidos, la imagen internacional del país ha adquirido un rol muy importante en la política colombiana. Este argumento será desarrollado con mayor detenimiento en la primera parte de este escrito.

¹⁰ Tal como será explicado más adelante, la captura del Estado es funcional al deseo de transformar el régimen patriarcal a partir de una perspectiva feminista. Desde una posición liberal, que también puede ser atribuida a las feministas colombianas, sin embargo, la transformación de la estructura no se basa entonces en el discurso de la captura del Estado sino en el discurso de la igualdad. Ésta es la razón por la cual muestro en este trabajo aquellos dos objetivos de manera independiente.

drá el proceso de implementación. Comienzo ilustrando las estrategias que, razonablemente, se puede esperar persigan los miembros del Congreso y las feministas, en vista de sus intereses y restricciones. Luego considero los costos alegados en términos de la transparencia del procedimiento de designación y de la autonomía requerida por el Presidente y las autoridades locales para formar gabinetes que les permitan gobernar de forma efectiva. Sostengo que la noción de transparencia es irrelevante en este contexto, precisamente porque el diseño institucional privilegia la autonomía de quienes designan, y que ni el presidente ni las autoridades locales son sustancialmente libres cuando ejercitan sus privilegios de designación y remoción. En respuesta a la preocupación implícita en relación con la escasez de mujeres con méritos suficientes para ocupar los cargos, proveo datos que muestran que éstas constituyen al menos el 30% del actual grupo de posibles candidatos a estos cargos.

También considero en esta parte los costos que derivan de poner en evidencia el sexo como una variable en la designación de funcionarios públicos, y los beneficios en términos de igualdad de oportunidades y de distribución de recursos que pueden resultar de la implementación de la Ley. Concluyo el ejercicio de balance aseverando que la Ley puede ser justificada, tanto desde una perspectiva liberal como desde una perspectiva feminista.

En las conclusiones enfatizo las maneras como enriquece este ejercicio el debate sobre la reforma legal, el feminismo y el patriarcado en Colombia. Dadas las características que comparte con otros debates actuales en otros contextos, considero que los observadores extranjeros pueden entender y aprender de este ejercicio. Por supuesto, también estoy contando con la curiosidad de mi audiencia. Como anticipo un cierto grado de inconmensurabilidad,¹¹ he tratado de remediar las dificultades en el diálogo, en parte a través de la presentación de los principales rasgos del contexto político y legal colombiano, y en parte con extensas notas al pie que

¹¹ Acerca de comunicación y aprendizaje inter-cultural, así como acerca de inconmensurabilidad, véase OFELIA SCHUTTE, "Cultural Alterity: Cross-cultural Communication and Feminist Theory in North-South Contexts", en *Decentering the Center*, UMA NARAYAN y SANDRA HARDING (eds.), Indiana University Press, Bloomington, 2000.

explican las afirmaciones que hago sobre Colombia. Reconozco que para un nativo estos intentos pueden parecer excesivos. Sin embargo, no deberían ser irrelevantes, dado que la interpretación del contexto es, en muchos aspectos, original, y las referencias son lo suficientemente detalladas como para enriquecer el conocimiento general de los lectores colombianos.

PRIMERA PARTE: EL PROCESO LEGISLATIVO: INTERESES Y RESTRICCIONES DEL “ESTABLECIMIENTO”

Tal como lo señalé en la introducción, en esta parte presentaré, en un intento de explicar la aprobación de la Ley de Cuotas por parte del Congreso colombiano, un conjunto de argumentos interrelacionados. Son dos los elementos del contexto que hacen esta cuestión particularmente interesante. Por un lado, la gran mayoría de los miembros del Congreso que aprobaron la Ley fueron hombres; en el período 1998-1999, cuando fue aprobada, sólo doce senadores (11,1%) y dieciocho representantes (11,4%) eran mujeres.¹² Por otro lado, la Ley fue presentada y aprobada como ley estatutaria.

Las leyes estatutarias, según la Constitución colombiana, son leyes que desarrollan los aspectos fundamentales¹³ de

¹² Véase LAURA ZAMBRANO, “Participación y representación femenina”, en *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*, ANDRÉS DÁVILA y ANA MARÍA BEJARANO (eds), Universidad de los Andes y Fundación Social, Bogotá, 1998, p. 265.

¹³ En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que “para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria, es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre la materia, Sentencia C-251 de 1998, Corte Constitucional, magistrados ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Véase también Sentencia C-089 de 1994, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, con salvamentos parciales de voto de Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo, por un lado, y de Eduardo Cifuentes Muñoz, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo, por el otro; Sentencia C-374 de 1997, Corte Constitucional, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, con salvamento parcial de voto de Antonio Barrera Carbonell y salvamento de voto conjunto de Carlos Gaviria Díaz, Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

las provisiones constitucionales en cuanto a: 1) los derechos y obligaciones fundamentales de los individuos y los procedimientos y acciones para su protección; 2) la administración de justicia; 3) la organización de los movimientos y partidos políticos; 4) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; y 5) los estados de excepción.¹⁴ La Constitución establece un régimen especial para este tipo de leyes, haciendo que su promulgación y modificación sean particularmente dificultosas: en primer lugar instituye la revisión de constitucionalidad previa y automática del proyecto que ha sido aprobado por el Congreso;¹⁵ en segundo lugar, prohíbe modificar o revocar una ley estatutaria o cualquiera de sus partes mediante leyes “comunes”; y, por último, exige que el proyecto tenga el voto afirmativo de la mitad más uno de los miembros de cada plenario y comisión especializada.¹⁶ En contraste, las leyes “comunes” sólo están sujetas al escrutinio de la Corte si son cuestionadas por el Presidente¹⁷ o por cualquier ciudadano a través de la acción pública de inconstitucionalidad,¹⁸ pueden ser modificadas o revocadas por cualquier otra ley, y sólo necesitan el voto afirmativo de la mitad más uno de los presentes en el debate, considerando que debe haber un mínimo de la mitad de los miembros de cada cámara al momento de la votación.¹⁹

Adicionalmente, las leyes estatutarias deben ser presentadas, debatidas y aprobadas en un solo período legislativo,

¹⁴ *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 152.

¹⁵ *Ibid.*, arts. 153, 241(8).

¹⁶ El proceso legislativo está altamente regulado en Colombia. Los requisitos más generales para la validez de cualquier ley están establecidos en el artículo 157 de la C.P.:

“Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.
2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.
3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

¹⁷ *Ibid.*, art. 167.

¹⁸ *Ibid.*, art. 241 (4).

¹⁹ *Ibid.*, art. 153.

es decir, en un año.²⁰ Éste puede llegar a ser un plazo muy corto dado que el Congreso sólo se reúne para sus sesiones ordinarias por un período de 9 meses al año (entre el 20 de julio y el 20 de diciembre y entre el 16 de marzo y el 16 de junio²¹) y la Constitución requiere que pasen ocho días entre la aprobación de un proyecto por parte de una comisión y su debate por parte del plenario y quince días entre la aprobación de un proyecto en el plenario de una cámara y el debate por parte del plenario de una cámara y el debate en la comisión correspondiente de la otra cámara.²²

Antes de la Ley de Cuotas el Congreso sólo había promulgado seis leyes estatutarias: una sobre libertad de culto e igualdad de las iglesias,²³ una sobre la administración de justicia,²⁴ dos sobre mecanismos de participación ciudadana,²⁵ una regulando los partidos políticos²⁶ y una regulando los estados de excepción.²⁷ Las últimas cinco, como se ha dicho anteriormente, están expresamente contempladas en el texto de la Constitución. La primera, que cae dentro de la categoría de leyes referidas a “los derechos y obligaciones funda-

²⁰ Ley 5 de 1992, publicada en el *Diario Oficial*, 18 de junio, 1992, sec. 6.

²¹ *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 153.

²² *Ibid.*, art. 160.

²³ Ley 133 de 1994, publicada en el *Diario Oficial*, 26 de mayo, 1994; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-088 de 1994, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, salvamento de voto conjunto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; aclaración conjunta de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Ley 270 de 1996, publicada en el *Diario Oficial*, 15 de marzo, 1996; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, salvamento parcial de voto de José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y de Alejandro Martínez Caballero; aclaración conjunta de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵ Ley 131 de 1994, publicada en el *Diario Oficial*, 9 de mayo, 1994; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-011 de 1994, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, salvamento parcial de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Ley 134 de 1994, publicada en el *Diario Oficial*, 31 de mayo, 1994; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994, *supra* nota 13.

²⁶ Ley 130 de 1994, publicada en el *Diario Oficial*, 23 de marzo, 1994; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994, *supra* nota 13.

²⁷ Ley 137 de 1994, publicada en el *Diario Oficial*, 3 de junio, 1994; revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-179 de 1994, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, salvamentos parciales de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Fabio Morón Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Jorge Arango Mejía.

mentales de los individuos y sus mecanismos de protección”, trata una cuestión que ha marcado a la sociedad colombiana: el conflicto sobre la separación del Estado de la Iglesia católica,²⁸ y cumple una promesa de la reforma constitucional: la garantía de igualdad de los credos y las instituciones religiosas.²⁹ La Ley de Cuotas no es requerida por la cláusula constitucional relativa a las leyes estatutarias y no involucra una cuestión tan sensible y central en el debate público como lo hace la Ley de Libertad Religiosa. De hecho, la Ley fue una sorpresa para muchos colombianos.

El hecho de que la Ley, a pesar de los estrictos requisitos constitucionales, haya sido aprobada por un Congreso predominantemente masculino, la ausencia de un mandato constitucional claro para regular la cuestión, y la falta de conciencia del público sobre la urgencia del problema que la misma intenta resolver, desafía algunas de las explicaciones habituales. De hecho, en este contexto es difícil afirmar que los miembros del Congreso no se hayan dado cuenta de lo que estaban aprobando³⁰ o que la Ley haya sido promulgada para aplacar una demanda del público.³¹

Debido a que también es difícil ver cómo los intereses clientelistas de los miembros del Congreso serían satisfechos por esta Ley —ya que no distribuye fondos públicos— la tentación de asumir simplemente que en esta ocasión los miembros del Congreso actuaron movidos por una sincera preocupación de justicia, como haría cualquier legislador iluminado —pro-feminista— es muy fuerte. Los riesgos relacionados

²⁸ Acerca de las complicadas relaciones entre el Estado colombiano y la Iglesia católica, véase FERNÁN GONZÁLEZ, SJ, *Poderes enfrentados: Iglesia y Estado en Colombia*, Cinep, Bogotá, 1997; y FERNÁN GONZÁLEZ, SJ, *Iglesia y Estado en Colombia durante el siglo XIX: 1820-1860*, Cinep, Bogotá, 1985.

²⁹ Véase *Constitución Política*, *supra* nota 7, arts. 18, 19. Aun cuando la Constitución colombiana de 1886 garantizaba la libertad religiosa, fue necesaria una cláusula especial expresa en la que se afirmó la igualdad de todos los credos e instituciones religiosas para evitar definitivamente los privilegios que la Iglesia católica recibía por parte del Estado. En efecto, el artículo 53 de esta Constitución establecía: “Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana”. Este artículo también proveía la posibilidad de celebrar concordatos entre la Iglesia y el Estado colombiano.

³⁰ Tal como lo afirmaba la senadora Piedad Córdoba en relación con la Ley de Violencia Intrafamiliar (véase *infra* el texto que acompaña a la nota 165).

³¹ Este argumento deriva de la tesis de la “eficacia simbólica”, sugerida por Mauricio García Villegas. Véase MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1993.

con el hecho de rendirse a esta tentación no son menores. Por un lado, esta narrativa tiene un efecto apaciguador sobre la movilización en torno a la introducción de reformas legales progresistas. Por otra parte, impide la eficiente neutralización de la manipulación de la Ley por parte de los miembros del Congreso.

En esta parte, por lo tanto, proveeré una explicación alternativa para entender la promulgación de la Ley de Cuotas. Tal como lo mencioné en la introducción, asumiré que los miembros del Congreso son actores institucionales y sujetos culturales y que su apoyo a la Ley de Cuotas satisface, tanto sus intereses políticos y económicos como sus ideales culturales, y que además se corresponde con las restricciones institucionales percibidas. En las primeras dos secciones describiré algunas de las principales características de la política del Congreso colombiano y explicaré en qué sentido puede considerarse que el incentivo de la “maquinaria burocrática” opera para este caso. Luego presentaré argumentos relacionados con el interés de los miembros del Congreso en obtener reconocimiento y en mejorar la reputación del país ante la comunidad internacional, y en relación con sus percepciones de restricción de cara a las leyes internacional y constitucional. Finalmente, sostendré que al aprobar la Ley, los miembros del Congreso no percibieron que los cambios que introduce podrían afectarlos negativamente.

I. EL INCENTIVO DE LA “MAQUINARIA BUROCRÁTICA”

La Constitución colombiana establece un Congreso bicameral. El Senado, con 100 miembros elegidos en una circunscripción nacional y dos miembros elegidos en una circunscripción especial indígena;³² y la Cámara de Representantes, cuyos miembros son elegidos en distritos que corresponden a la división política del país por *departamentos*.³³ Tanto los senadores como los representantes se eligen para períodos de cuatro años.³⁴

A pesar de que cada cámara tiene asignados diferentes roles en los procesos de acusación o “*impeachment*” de altos

³² *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 171.

³³ *Ibid.*, art. 176.

³⁴ *Ibid.*, art. 132.

funcionarios, en el nombramiento de funcionarios públicos y en cuestiones de protocolo,³⁵ su intervención en el proceso legislativo es muy similar. La única diferencia es que los proyectos de ley sobre impuestos deben ser debatidos primero en la Cámara de Representantes y los proyectos sobre relaciones internacionales deben ser debatidos primero en el Senado.³⁶ El resto de los proyectos puede ser presentado³⁷ en cualquiera de las dos cámaras;³⁸ son inicialmente debatidos en la correspondiente comisión especializada y luego en la plenaria; posteriormente en la comisión homóloga de la otra cámara y en su plenaria.³⁹ Si surgen diferencias entre las dos cámaras, se designa una comisión accidental para tratar de llegar a un acuerdo y el proyecto resultante es nuevamente sometido a la votación del plenario de cada cámara.⁴⁰

Para comprender el funcionamiento del Congreso y los incentivos de sus miembros hay que ofrecer algunas consideraciones sobre la política electoral, los partidos políticos y el marco institucional de las relaciones entre el Presidente y el Congreso. En primer lugar, a pesar de que las circunscripciones de la Cámara y el Senado son distintas, tanto los senadores como los representantes, son elegidos a través de votos regionales.⁴¹ En el caso del Senado, la estrategia regional es el resultado de una combinación entre la posibilidad que tienen los partidos de presentar un número ilimitado de listas

³⁵ *Ibid.*, arts. 173, 174, 178.

³⁶ *Ibid.*, art. 154, pár. 4.

³⁷ De acuerdo con el artículo 154, párrafo 1 de la Constitución, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución (*Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 155: “Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país”). También podrán hacerlo la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, en materias relacionadas con sus funciones (*Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 156).

³⁸ *Ibid.*, art. 154, pár. 1.

³⁹ *Ibid.*, arts. 157, 160.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 161.

⁴¹ FELIPE BOTERO JARAMILLO, “El Senado que nunca fue. La Circunscripción nacional después de tres elecciones”, en *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*, *supra* nota 12, p. 313 [en adelante “El Senado que nunca fue”].

a cada elección,⁴² el sistema de asignación de curules⁴³ y los altos costos que involucran las campañas nacionales.⁴⁴

En segundo lugar, la estrategia electoral dominante se enmarca en redes de relaciones cliente-patrón (usualmente llamadas “maquinarias electorales”), en las cuales los candidatos intercambian la posibilidad de canalizar recursos hacia sus clientes por el apoyo de los “caciques” locales y los votos que ellos pueden controlar.⁴⁵ Estos recursos incluyen cargos públicos en el ámbito nacional y regional y fondos públicos para la realización de proyectos en la región.⁴⁶ La introducción de un fuerte esquema descentralizador en la Constitución⁴⁷ y un creciente malestar por el envío de fondos parlamentarios a las distintas regiones a través de los “auxilios parlamentarios”⁴⁸ ha aumentado la importancia relativa de las

⁴² *Ibid.*, p. 297. El continuo crecimiento de listas presentadas por cada partido es conocido comúnmente como “operación avispa”, un método diseñado y utilizado por primera vez por el partido liberal. Véase ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, “Operación avispa”, *El Tiempo*, 13 de febrero, 1998.

⁴³ El artículo 263 de la C.P. establece el sistema de cociente electoral, así: “Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley”.

⁴⁴ JARAMILLO, “El Senado que nunca fue”, *supra* nota 41, pp. 318, 327.

⁴⁵ Para una definición de clientelismo, véase MARTZ, *supra* nota 5, pp. 20-25. Acerca del clientelismo en Colombia en la década de los 90 véase *ibid.*, pp. 308-320. Acerca del clientelismo en Colombia en general, véase LEAL y DÁVILA, *supra* nota 5. Una perspectiva sobre los orígenes coloniales de estas prácticas puede ser encontrada en MALCOM DEAS, *Del poder y la gramática y otros ensayos sobre historia, política y literatura colombianas*, Tercer Mundo, Bogotá, 1993.

⁴⁶ MARTZ, *supra* nota 5.

⁴⁷ La descentralización y la autonomía de las entidades territoriales están mencionadas como dos de los pilares del Estado colombiano en el artículo 1 de la C.P. Los cambios más importantes de la transferencia de poder del centro hacia las entidades territoriales están dados por las disposiciones que consideran responsabilidad primordial de los municipios la prestación de ciertos servicios básicos (educación, salud y servicios públicos domiciliarios), además del establecimiento de cuantiosas transferencias de recursos del Presupuesto Nacional hacia el presupuesto de las entidades territoriales para el adecuado cumplimiento de tales obligaciones. *Constitución Política*, *supra* nota 7, arts. 49, 311, 356, 357.

⁴⁸ Como resultado de este malestar, esta figura fue derogada expresamente con posterioridad. *Ibid.*, art. 355.

cuotas burocráticas.⁴⁹ De hecho, dada la permanente importancia del Estado en la distribución de la riqueza, la provisión de servicios y la satisfacción de las necesidades de la población,⁵⁰ la burocracia, como ejecutora de estas funciones, se ha hecho más atractiva como arena dónde fortalecer las redes clientelistas.⁵¹

En tercer lugar, la reforma constitucional de 1991 aumentó el poder del Congreso frente al veto presidencial⁵² y limitó las posibilidades que tenía el Presidente de legislar directamente a través de facultades extraordinarias⁵³ o de declarar

⁴⁹ En *El Tiempo* fue publicada la siguiente representación del “poder de la burocracia” en el Congreso de 1998-2002:

“En el Congreso, están de acuerdo, tanto los senadores como los representantes, en un punto: los dos consentidos del Gobierno en relación con la obtención de cargos en los niveles nacional y regional son Fabio Valencia y Ciro Ramírez.

El primero tiene dos puestos en la mesa de negociación con las FARC [...], además de participación en Findeter, en las Empresas Públicas de Medellín, así como en la Secretaría General del Ministerio de Hacienda. El segundo controla a su vez el Ministerio del Trabajo, además de casi todos los cargos burocráticos en su departamento, Boyacá.

Otros congresistas que tienen asegurados el control de cargos de nivel nacional son Miguel Pinedo (Secretaría General de los Ministerios de Agricultura y Salud), Armando Pomárico (Incora), Emilio Martínez (Fondo Nacional del Ahorro e Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL), Luis Alfredo Ramos (Ferroviarias, vice-ministerio de Educación), Omar Yepes (Icetex), José Antonio Gómez Hermida (Sena), Carlos Holguín (Ministerio de Desarrollo) y Salomón Nader (Caprecom)”. Véase “Las variables son estar en las mesas directivas y manejar la burocracia y los proyectos”, *El Tiempo*, 13 de marzo, 2000.

⁵⁰ En efecto, la Constitución del 91 aumentó la participación del Estado en la asignación de recursos desde el momento en que definió en su primer artículo al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho. Una descripción de los presupuestos normativos y de las características descriptivas de este tipo de Estado puede ser encontrada en MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 13-82. La Corte Constitucional, de otro lado, ha defendido con vigor el valor normativo de las disposiciones constitucionales que se refieren a las obligaciones sociales del Estado. Una decisión clave en este sentido es aquella expresada en la Sentencia T-426 de 1992, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Una recopilación comprehensiva de la jurisprudencia sobre este tema se encuentra en ANTONIO BARRETO, “Amparo constitucional de los derechos sociales”, en *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, ANTONIO BARRETO (ed.), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, p. 85.

⁵¹ Véase MARTZ, *supra* nota 5, pp. 308-320.

⁵² Para superar el veto ejecutivo basta con que la mitad más uno de los congresistas vote a favor de la Ley, tal como fue presentada por el Congreso (*Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 168).

⁵³ El artículo 150, número 10 de la C.P., establece expresamente la prohibición de otorgar al Presidente facultades legislativas extraordinarias con el

estados de excepción.⁵⁴ Bajo el nuevo régimen, el Presidente no puede aprobar leyes sin pasar por el Congreso. Dada la inexistencia de bloques consolidados y la alta independencia de los miembros del Congreso con respecto a sus partidos,⁵⁵ para lograr que éste apruebe un proyecto importante, el Presidente debe negociar con cada miembro o, al menos, con los más influyentes.⁵⁶ Los bienes más preciados en estas transacciones, como se indicó anteriormente, son los cargos burocráticos a nivel nacional y regional y los fondos públicos para proyectos regionales.

La Ley de Cuotas se refiere, precisamente, a la distribución de cargos en los más altos niveles (nacionales y regionales) de la burocracia. Es particularmente apta para aumentar la

fin de promulgar códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas y leyes de intervención económica o de creación de nuevos tributos.

⁵⁴ El estado de sitio regulado por la Constitución de 1886 fue reemplazado por tres estados de excepción distintos en la Constitución de 1991 (*Constitución Política*, *supra* nota 7, arts. 212-215), en un intento por restringir el poder del Ejecutivo, cada vez más extenso en virtud de una interpretación excesivamente laxa de las disposiciones de la anterior Constitución. De hecho, la Corte Suprema de Justicia había rechazado la revisión de los decretos del ejecutivo durante el estado de sitio, bajo el supuesto de que eran actos de Gobierno excluidos del control judicial. Sentencia del 2 de Agosto, 1982, Corte Suprema de Justicia. Véase ALFREDO POSADA y JOSÉ IVÁN MATALLANA, *Estado de sitio y legalidad marcial en Colombia*, 1987 (ensayo no publicado, Universidad Javeriana, Colombia; disponible en Lewis International Law Library, Harvard Law School). La Corte Constitucional, en cambio, ha jugado un rol determinante en la restricción del poder ejecutivo a través de una interpretación estricta de la Constitución y del contenido material de los decretos ejecutivos expedidos por el Presidente durante los estados de excepción y de las razones que dieron lugar a ellos. Véase, entre otras, Sentencia C-027 de 1996, Corte Constitucional, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, salvamento de voto de Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-136 de 1999, Corte Constitucional, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, salvamento de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. Para un análisis de los usos y abusos de la nueva figura, véase LIBARDO JOSÉ ARIZA HIGUERA, FELIPE CAMMAERT HURTADO y MANUEL ALEJANDRO ITURRALDE SÁNCHEZ, *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*, Estudios Ocasionales del CIJUS, Bogotá, 1997.

⁵⁵ Un excelente trabajo acerca de la dinámica de las relaciones entre el Congreso y el Presidente en Colombia puede ser encontrado en MATTHEW SHUGART y RONALD ARCHER, "The Unrealized Potential of Presidential Dominance in Colombia", en *Presidentialism and Democracy in Latin America*, SCOTT MAINWARING *et al.*, (eds.), Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 1997, p. 110. Véase también EDUARDO PIZARRO LEONGÓMEZ, "La crisis de los partidos y los partidos en la crisis", en *Tras las huellas de la crisis política*, FRANCISCO LEAL BUITRAGO (ed.), Tercer Mundo, Bogotá, 1996.

⁵⁶ Véase *supra* nota 49.

maquinaria burocrática por la repentina y extendida “crisis de gabinete” que se supone produciría.⁵⁷ Después de su entrada en vigencia, al menos dos ministros, un director de Departamento Administrativo, dos superintendentes y un número incierto de funcionarios en todos los departamentos y municipios deberán ser reemplazados. La importancia del paquete de reformas legislativas que el Presidente intentaba pasar por el Congreso⁵⁸ lo hizo especialmente vulnerable a las demandas de los congresistas. A nivel regional, el uso de las oportunidades que la Ley abre dependerá de los balances de poder regionales entre *caciques* (como son llamados generalmente los directores de las redes clientelares⁵⁹), gobernadores y alcaldes, ya que no dependen más del Presidente.⁶⁰

La importancia de la maximización del incentivo de la maquinaria burocrática en la aprobación de la Ley sobresale, incluso más claramente, cuando se destacan los “silencios” legislativos.⁶¹ De los 123 proyectos relacionados con la condición de la mujer presentados entre 1991 y 1999,⁶² diez

⁵⁷ La Corte Constitucional matizó este efecto al afirmar que los cambios que la Ley hacía necesarios debían ir ocurriendo a medida que las posiciones fueran quedando vacantes, pero los legisladores no podían haber previsto esta maniobra. Además, esta decisión de la Corte es cuando menos ambigua: hace parte de los poderes del Presidente aquél de cambiar a sus ministros o a los jefes de las superintendencias y de los departamentos administrativos, de manera que la posición no queda vacante sino que el Presidente la vacía. Así, el Presidente está amarrado aun cuando no se presente una crisis de gabinete: en efecto, deberá nombrar una mujer cada vez que decida cambiar a uno de sus ministros, al menos durante un tiempo.

⁵⁸ El Gobierno nacional presentó más de 40 proyectos de ley al Congreso el 16 de marzo de 2000. Entre ellos, había uno que establecía una reducción del impuesto a la renta para reactivar el empleo; otro que se refería al incremento en la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez; y otro más que modificaba el régimen de transferencias. Todos ellos se encaminaban al saneamiento de las finanzas públicas bajo los requerimientos impuestos por el FMI. Véase “Agenda caliente”, *El Tiempo*, 22 de marzo, 2000; y “Emisor rindió cuentas a misión que visita el país. Colombia superó la primera etapa con FMI”, *El Tiempo*, 8 de abril, 2000.

⁵⁹ Véase DEAS, *supra* nota 45.

⁶⁰ El artículo 260 de la Constitución establece la elección popular de estas autoridades locales.

⁶¹ Una crónica acerca de estos silencios es presentada en ANDREA PARRA, *Crónica de los silencios: historia legal del género desde la Constitución de 1991* (disertación no publicada, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002; disponible en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes). El estudio revisa todos los proyectos presentados al Congreso entre 1991 y 1999 que incluyeron en su título las palabras mujer, unión marital, matrimonio, salud reproductiva, madres y menores.

⁶² *Ibid.*

fueron promulgados como leyes.⁶³ De estos diez, dos desarrollan directamente cláusulas constitucionales⁶⁴ y siete son leyes que aprueban convenciones internacionales⁶⁵ o que establecen mecanismos para cumplir con obligaciones internacionales adquiridas.⁶⁶ Como indicaré en el capítulo siguiente, estos dos elementos también estuvieron presentes, aunque de manera menos evidente, en el caso de la Ley de Cuotas. Lo que parece haber contribuido a superar la ambivalencia sobre la aprobación de la Ley de Cuotas es el hecho de que ésta interviniera en el proceso de distribución burocrática. De hecho, muchos de los otros proyectos presentados también podrían ser interpretados como desarrollos de la Constitución o de una obligación internacional en una manera laxa.⁶⁷

Finalmente, la importancia del interés en la distribución burocrática se ve subrayada por el hecho de que las provisio-

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ley 25 de 1992, por medio de la cual se establece el procedimiento para extinguir los efectos civiles del matrimonio religioso, tal como lo dispone el artículo 42 de la C.P. y Ley 82 de 1993, por medio de la cual se establece el procedimiento para adquirir el título legal de “mujer cabeza de familia” y la protección especial derivada del artículo 43 de la C.P. Véase PARRA, *supra* nota 61.

⁶⁵ Ley 173 de 1994, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores; Ley 265 de 1994, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la Protección del Menor y sobre la Cooperación en materia de Adopción Internacional; Ley 248 de 1995, por medio de la cual se aprueba la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer; y Ley 449 de 1998, por medio de la cual se aprueba la Convención Inter-Americana sobre Obligaciones Alimentarias. *Ibid.*

⁶⁶ Ley 265 de 1996, por medio de la cual se establecen mecanismos para erradicar la violencia intra familiar (como una interpretación curiosa de la Convención sobre la Violencia contra la Mujer); y Ley 360 de 1997, por medio de la cual se incrementan las penas derivadas de la violación y del abuso sexual. *Ibid.* Ambas leyes constituyen desarrollos vinculantes de la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer.

⁶⁷ Podemos ver, por ejemplo, tanto proyectos sobre pornografía y violencia sexual (en 1993, la representante Claudia Rodríguez presentó un proyecto “por medio del cual se prohíbe la publicidad y la exhibición de pornografía y de violencia sexual —archivada bajo el memo de diciembre 7 de 1994) como proyectos sobre acoso sexual (seis proyectos que buscaban prohibir el acoso sexual fueron presentados en el segundo periodo: uno por las senadoras Viviane Morales y Yolima Espinosa, otro por el senador Samuel Moreno Rojas, otro por el senador Edgardo Vives, otro por la senadora Yolima Espinosa, y un último por la senadora Piedad Córdoba). Véase PARRA, *supra* nota 61.

nes relacionadas con la dinámica de los partidos políticos y las elecciones y el comportamiento de actores privados, incluidas en la Ley, son meramente programáticas. El artículo 14 invita al Gobierno a crear y promover

[...] mecanismos que motiven a los partidos y movimientos políticos a incrementar la participación de la mujer en la conformación y desarrollo de sus actividades; entre otras, se ocupará de los dirigidos a estimular una mayor afiliación de las mujeres, la inclusión de éstas en no menos del treinta por ciento (30%) en los comités y órganos directivos de los partidos y movimientos [; y] una presencia femenina de no menos del treinta por ciento (30%) en lugares en los que puedan salir electas en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular.

El artículo 9 de la Ley, titulado “Promoción de la participación femenina en el sector privado”, por su parte, establece que

Artículo 9°. Promoción de la participación femenina en el sector privado. La Presidencia de la República, en cabeza de la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, el Ministerio de Educación Nacional, los gobernadores, alcaldes y demás autoridades del orden nacional, departamental, regional, provincial, municipal y distrital, desarrollarán medidas tendientes a promover la participación de las mujeres en todas las instancias de decisión de la sociedad civil.

Dadas las restricciones constitucionales impuestas al Presidente en relación con el funcionamiento de los partidos políticos y las elecciones,⁶⁸ además de la garantía constitucional de libertad de empresa,⁶⁹ estos artículos más que meramente programáticos son inconstitucionales.⁷⁰ Dentro del

⁶⁸ El artículo 152 de la C.P. establece que el funcionamiento de los partidos políticos debe ser regulado por medio de una ley estatutaria. El artículo 150, N° 10, CP., prohíbe expresamente la intervención del Presidente en materias cuya regulación deba hacerse por medio de leyes estatutarias. Por último, el artículo 108, C.P., establece que la Ley no podrá interferir con la organización interna de los partidos. Esto incluye la presentación de listas electorales.

⁶⁹ *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 333.

⁷⁰ Esta tesis fue sostenida por Manuel José Cepeda durante su alegato oral ante la Corte Constitucional a propósito de la intervención del Presidente en la organización y funcionamiento de los partidos políticos. Intervención de Manuel José Cepeda Espinosa en la Audiencia Pública dentro del pro-

marco constitucional colombiano, las medidas que la Ley confía al Presidente en relación con el sector privado sólo podrían ser introducidas a través de la legislación.⁷¹ El hecho de que no hayan sido incluidas en la Ley de Cuotas, por lo tanto, refuerza el argumento relacionado con el incentivo de la maquinaria burocrática.

II. LA VENTAJA DE QUE HAYA MUJERES EN LA “MAQUINARIA BUROCRÁTICA”

Reconstruir las ideas que los congresistas puedan tener de las mujeres es una tarea compleja, considerando su diversidad regional⁷² y sus diferencias ideológicas.⁷³ Sin embargo,

ceso relativo a la constitucionalidad del proyecto de Ley estatutaria N° 62/98-Senado N° 158/98-Cámara por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público (celebrada el 7 de marzo de 2000, documento no publicado archivado por el mismo autor).

⁷¹ El artículo 150, nos. 10 y 20 de la C.P., prohíbe expresamente al Presidente su intervención en la economía (hecha excepción de los casos de Emergencia Económica, *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 214). El artículo 333 de la C.P. garantiza que la libertad de empresa sólo podrá ser limitada mediante una ley aprobada por el Congreso.

⁷² A propósito de diversidad cultural regional, véase MARÍA TERESA URIBE y JESÚS MARÍA ÁLVAREZ, *Poderes y regiones: problemas en la constitución de la nación colombiana*, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1987; y MARÍA TERESA URIBE y JESÚS MARÍA ÁLVAREZ, *Las raíces del poder regional: el caso antioqueño*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1998. A propósito de las diferencias regionales con respecto al género, véase VIRGINIA GUTIÉRREZ DE PINEDA, *Familia y cultura en Colombia*, Colcultura, Bogotá, 1977.

⁷³ La composición por partidos en el Senado de 1998-2002 fue la siguiente: partido liberal, 48%; partido conservador, 15%; Movimiento Nacional Conservador, 8%; PCC-FP, 2%; Movimiento de Salvación Nacional, 1%; Movimiento Nueva Fuerza Democrática, 1%; Movimiento Oxígeno Liberal, 2%; Movimiento Bolivariano, 2%; otros, 21%. JARAMILLO, “El Senado que nunca fue”, *supra* nota 41, p. 299. En la Cámara de Representantes, las curules estuvieron repartidas así: liberales, 87; conservadores, 38; movimientos cristianos, 2; movimientos étnicos, 2; coaliciones, 14; otras asociaciones políticas, 18. FRANCISCO GUTIÉRREZ, “Rescate por un elefante. Congreso, sistema y reforma política”, en *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*, *supra* nota 12, p. 240. Sin embargo, las diferencias de afiliación política en Colombia se ven mitigadas por la fuerza de la tendencia centrista del votante colombiano, tal como apuntó Francisco Gutiérrez: “[...] En Colombia, el centrismo es extremadamente fuerte, debido, entre otras cosas, al recuerdo de la Violencia y a un sentido generalizado de falta de certeza que produce una aversión natural al riesgo”. *Ibid.*, p. 249. La niebla ideológica de los partidos, por otro lado, ha sido atribuida a las dinámicas del gobierno compartido durante el Frente Nacional en el periodo 1958-1974. Véase LEÓN-GÓMEZ, *supra* nota 55.

alguna luz sobre el asunto pueden arrojar las declaraciones de algunos congresistas, así como su participación en eventos recientes. Una conclusión que puede derivarse de estos recuentos es que la designación de mujeres como parte de una maquinaria burocrática, y particularmente mujeres que eran parientes cercanos de los Congresistas, ofrece algunas ventajas que no tiene la designación de hombres.

A. Esposas e hijas que reemplazan a congresistas corruptos

En el Congreso elegido para el periodo 1998-2002, tres mujeres tomaron el lugar de algunos hombres involucrados en el escándalo del “Proceso 8000”:⁷⁴ Piedad Zuccardi, esposa de Juan García (Senado 1994), Nidia Haddad, esposa de José Felix Turbay (Cámara de Representantes 1994) y Zulema Jattin, hija de Francisco José Jattin (Senado 1994).

El hecho de que estas mujeres hayan sido elegidas a pesar de no contar con experiencia política previa es una clara ilustración de cómo los votos de las redes clientelistas pueden ser transferidos de una persona a la otra. Pero el hecho de que los congresistas sindicados hayan elegido transferir estos votos a sus esposas e hijas y no a un “compadre”, dice algo acerca de los supuestos sobre los cuales estos congresistas decidieron, y sobre los supuestos que atribuyen a sus electores. Primero, si como *cacique* uno va a “transferir” sus votos a alguien, tiene que asegurarse de que esa persona mantenga las prácticas que permiten que la red sobreviva y crezca. En otras palabras, el beneficiario de la transferencia debe ser alguien que actúe como el cacique lo hubiese hecho y que obedezca sus órdenes. La decisión de elegir a esposas e hijas para la transferencia asume su fácil manipulación y obediencia.

Segundo, si se ha sido sindicado por enriquecimiento ilícito es muy probable que los jefes locales hayan sido parte o beneficiarios de los negocios sucios, de ahí que no se quiera

⁷⁴ El “Proceso 8000” fue el nombre que le dio la prensa al conjunto de instrucciones criminales llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación contra varios miembros del partido liberal estrechamente vinculados con el Presidente Samper, a propósito de acusaciones por la utilización de fondos del narcotráfico en la financiación de sus campañas electorales.

poner en el Congreso a alguien que pueda levantar sospechas y que lleve a nuevas investigaciones. Parece justo concluir entonces que se asumió que la gente iba a considerar a estas mujeres honestas.⁷⁵ El hecho de que no estuvieran previamente involucradas en política contribuye a generar este aura,⁷⁶ aunque también podrían haber elegido a hombres no involucrados en política, ¿por qué no, por ejemplo, a sus hijos o sobrinos?

B. La honestidad intrínseca de las mujeres

Dos declaraciones recientes a la prensa apoyan la creencia de los congresistas sobre la honestidad de las mujeres. En su columna “Al caos y la guerra: paridad”, publicada en *El Tiempo*, Florence Thomas afirma que

Si se pudiera señalar a algunas mujeres corruptas, a algunas mujeres asesinas, este hecho sólo confirmaría que [...] desafortunadamente algunas mujeres comprendieron que lo mejor para una mujer es actuar como un hombre [...]. Afortunadamente, como lo muestran las estadísticas correspondientes, estos comportamientos son excepcionales entre las mujeres.⁷⁷

Plinio Apuleyo Mendoza, en *Semana*, establece en el mismo sentido:

[...] De hecho, la participación de las mujeres hispano-americanas en la vida política no sólo es creciente sino también exitosa, ya que generalmente es vista como un factor de honestidad y cambio frente al tradicional “caciquismo”.⁷⁸ Aun más, dado el agotamiento de los partidos políticos, los grupos de opinión independientes tienden a favorecerla. En Colombia, hemos sido testigos, con Noemí Sanín, quien tenía la mejor opción en las encuestas de las elecciones presidenciales del 2000 [sic⁷⁹]. Muchos colombia-

⁷⁵ Véase ZAMBRANO, *supra* nota 12, p. 266.

⁷⁶ Acerca de la tendencia anti-política de la política colombiana, véase GUTIÉRREZ, *supra* nota 73. Para una crítica del “romance de la sociedad civil” que tiene lugar en la política colombiana, véase MARÍA TERESA URIBE, “Las representaciones colectivas sobre la sociedad civil en Colombia”, en JUAN FERNANDO LONDOÑO (ed), *Sociedad civil: control social y democracia participativa*, Fescol, Bogotá, 1997.

⁷⁷ FLORENCE THOMAS, “Al caos y la guerra: paridad”, *El Tiempo*, 23 de febrero, 2000.

⁷⁸ Otro nombre para la figura del clientelismo.

⁷⁹ En Colombia no iba a haber elecciones presidenciales en el año 2000.

nos creen que una falda puede cumplir un buen papel cuando aquellos que usan pantalones fallan.⁸⁰

Aunque no se refieren directamente a la honestidad de las mujeres, los siguientes comentarios también apuntan a la “renovación” que resultaría de una mayor participación de las mujeres en la política colombiana:

La única idea que podría salvar a la humanidad en el siglo veintiuno es la de que las mujeres asuman la dirección del mundo. Creo que la hegemonía masculina ha desaprovechado 10.000 años de oportunidad. Como hombres, hemos devaluado y ridiculizado a la intuición femenina, y por otra parte, a través de la historia hemos sacrificado nuestras ideologías, casi todas absurdas y abominables [...] (Gabriel García Márquez).⁸¹

Esta Ley será un icono y una expresión del compromiso del Estado en revisar todas las formas de relación; abrirá el camino a un nuevo horizonte político, judicial y social, e indicará otros sistemas de toma de decisión, más participativos, transparentes y confiables (Emilio Martínez Rosales, reportero de la Primera Comisión de la Cámara de Representantes).⁸²

Por otro lado, la elección de Ingrid Betancur como senadora para el periodo 1988-2002, sobre la plataforma de “limpieza de la política”, refuerza la trascendencia de la suposición de que las mujeres son más honestas. Betancur, que encabezaba una lista cuyo segundo candidato también era una mujer, como representante se había opuesto ferozmente a la corrupción del régimen de Samper, al extremo de hacer una huelga de hambre si la Cámara no acusaba al Presidente. En 1998, obtuvo la mayor cantidad de votos, lo que permitió la elección de la segunda persona en su lista, Margarita Londoño.

En esta misma elección, María Isabel Rueda, periodista y presentadora de varias cadenas de noticias, obtuvo la mayor cantidad de votos para la Cámara de Representantes. Al igual

⁸⁰ PLINIO APULEYO MENDOZA, “Cuotas para mujeres”, *Semana*, 12-19 de marzo, 2000.

⁸¹ GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, *Más allá del año 2000*, citado en la *Gaceta del Congreso*, N° 12, 4 de marzo, 1999, p. 2. Otros han reiterado continuamente esta máxima con posterioridad. Véase, por ejemplo, THOMAS, “Al caos y la guerra: paridad”, *supra* nota 77.

⁸² *Ibid.*, *Gaceta del Congreso*, p. 2.

que Betancur, invocó como plataforma la necesidad de “limpiar la política”, es decir, de erradicar las prácticas clientelistas.

Ahora, dada la importancia de estos supuestos en relación con la honestidad de las mujeres y la percepción de que las mujeres gozarán de legitimidad, particularmente cuando no han estado anteriormente involucradas en el sector público, y dado el hecho de que hay una gran cantidad de mujeres sobre las cuales las posibilidades de manipulación y obediencia están establecidas, es fácil concluir que la Ley no sólo fue percibida como una apertura de espacios para el fortalecimiento de las maquinarias burocráticas de los congresistas, sino también como garante de la oportunidad privilegiada de poder elegir personas que se encuentran fuera de las redes clientelistas cuya obediencia y disposición para la manipulación están garantizadas, y quienes aparecerán como funcionarias “honestas”. Por supuesto, los congresistas están contando con la incapacidad de sus peonas para entender la ilegalidad de algunas de sus maniobras, o saben que las mujeres no son tan honestas como el público general cree.

III. EL RECLAMO DE RECONOCIMIENTO Y LA DELEGACIÓN DE RESPONSABILIDAD

A pesar de la prevalencia del clientelismo como estrategia electoral, para los miembros del Congreso, el reconocimiento todavía juega un rol en la política del mismo. Incluso si es decisivo sólo en unos pocos casos,⁸³ los senadores, en general, y los representantes de los departamentos con mayor concentración de población urbana, siempre pueden beneficiarse del reconocimiento que otorga el haber respaldado una medida que puede ser percibida como “progresista”. Cuando los beneficiarios del “progreso” son las mujeres, más de la mitad de la población, estos beneficios no son insignificantes.

⁸³ Puede decirse que, en general, el reconocimiento es importante como estrategia política para los congresistas que se centran principalmente en los votos de opinión. DAVID MAYHEW, *Congress: The Electoral Connection*, Yale University Press, New Haven, 1974. En Colombia, la mayoría de estos votos de opinión va para movimientos alineados bajo las banderas de la “nueva izquierda” —alrededor del 10% o menos del total de votos. Véase *supra* nota 73.

En medio de los intensos ataques que el Congreso, como institución, ha tenido que soportar, precisamente por la corrupción relacionada con el clientelismo,⁸⁴ aparecer como “progresista” y apoyar la política “honesta”, no sólo es recomendable, sino urgente.

En este caso, el Congreso (y por lo tanto los miembros del Congreso) obtendría reconocimiento al aprobar la Ley. Por un lado, la Ley es lo suficientemente fuerte como para parecer un esfuerzo real por obtener una mayor equidad de género. Pero, por otro lado, la decisión final en relación con la entrada en vigencia de la Ley le corresponde a la Corte Constitucional, y su implementación, al Presidente. Efectivamente, como la Ley es una ley estatutaria, la Corte Constitucional tendrá la palabra final en relación con su constitucionalidad, y las decisiones que las medidas afectan son decisiones que han sido confiadas al Presidente.

En vista de la legitimidad de la Corte Constitucional, reputada por ser muy progresista, si la Corte declara inconstitucional la Ley, el Congreso podría decir que es más progresista que incluso la más progresista de las instituciones, o decir que no están totalmente al tanto de las restricciones impuestas por la Constitución. Como entre la interpretación de la Corte y la Constitución “no entra siquiera una hoja de papel”,⁸⁵ culpar al Congreso de no conocer la Constitución tan bien como lo hace la Corte, sería una tontería.

En caso de que la Corte constitucional aprobara la Ley, nuevamente sería al Presidente (y a los gobernadores y alcaldes) a quien se debería culpar por la implementación defectuosa de la misma, y no al Congreso. Tal como fue explicado en la introducción de este texto, la ley estipula la designación de al menos un 30% de mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio de la rama ejecutiva. Constitucionalmente,

⁸⁴ Una serie de pesquisas llevadas a cabo en marzo de 2000 por el Fiscal y el Procurador General acerca de la apropiación de fondos públicos (alrededor de tres mil millones de pesos) por parte del Presidente y de algunos miembros de la Cámara de Representantes, puso al Congreso de nuevo en el centro de la opinión pública. “Así cayó la red de corruptos. Cuarenta días de rastreo en la Cámara”, *El Tiempo*, 26 de marzo, 2000. El Presidente Pastrana aprovechó esta oportunidad para presentar un proyecto de ley de reforma política radical a través de una convocatoria a la ciudadanía. El proyecto, sin embargo, fue abandonado rápidamente.

⁸⁵ C. CONST., SENTENCIA C-131 de 1993, MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

estas designaciones están a discreción del Presidente (y de los gobernadores y alcaldes).⁸⁶ Por lo tanto no tiene escape en cuanto a la responsabilidad de su implementación. Y el Congreso no tiene que ver en ello, salvo al beneficiarse de la vulnerabilidad del Presidente vis-à-vis la opinión pública para empujar a sus peones dentro de la burocracia.

IV. AUMENTANDO LA REPUTACIÓN DEL PAÍS EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El uso repetido de la Ley y la práctica internacional como justificación para la adopción de la Ley de Cuotas en el resumen que acompañaba el proyecto⁸⁷ y en los informes para las comisiones⁸⁸ y cada plenaria,⁸⁹ así como en los comentarios en la prensa,⁹⁰ revela la importancia que tiene ese tipo de argumentos. Aquí defenderé que este fenómeno se relaciona con la necesidad percibida de que Colombia aparezca ante la comunidad internacional como un país que puede resolver sus problemas sociales a través de canales institucionales.

El hecho de que Colombia esté involucrada en un conflicto de alta intensidad con guerrillas de izquierda, el apoyo que estos grupos parecen tener en los países europeos,⁹¹ y las continuas denuncias sobre violación de los derechos humanos en Colombia,⁹² sumado al deseo del Estado de recolectar

⁸⁶ C.P, arts. 115, 305 no.5, y 315 no. 3.

⁸⁷ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, pp. 4, 5 y 7.

⁸⁸ *Gaceta del Congreso*, N° 219, 21 de octubre, 1998, pp. 12-13; *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, pp. 2-4.

⁸⁹ *Gaceta del Congreso*, N° 278, 18 de noviembre, 1998, pp. 6-7. Fue imposible encontrar una memoria de la intervención del representante Emilio Martínez ante la Plenaria de la Cámara de Representantes. Hay, sin embargo, suficientes pruebas que apoyan la idea de que ésta fue una copia de aquélla presentada ante la Comisión.

⁹⁰ “Mujeres al Poder”, *Semana*, 25 de marzo-2 de abril, 2000.

⁹¹ Prueba de esto fueron los viajes de “ilustración” a Suecia y España de los miembros de la Comisión de Negociación (representantes del Gobierno y de la guerrilla).

⁹² A propósito de violaciones a los derechos humanos en Colombia, véase BUREAU OF DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS, AND LABOR, U.S. DEPARTMENT OF STATE [OFICINA DE DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y TRABAJO, DEPARTAMENTO DE ESTADO, ESTADOS UNIDOS], *1999 Country Reports on Human Rights Practices*, 25 de febrero, 2000, <http://www.state.gov/www/global/human_rights/1999_hrp_report/colombia.html>, visitada el 10 de mayo, 2005. Véase también HUMAN RIGHTS WATCH, *The Ties that Bind: Colombia and Military-Paramilitary Links*, febrero de 2000, <<http://www.hrw.org/reports/2000/colombia/>>, visitada el 10 de mayo, 2005.

fondos de la comunidad internacional para financiar las reformas que serían necesarias para conseguir la “paz” con los grupos guerrilleros y ganar la batalla contra el tráfico de narcóticos,⁹³ han reforzado claramente la fuerza retórica del argumento de la “imagen internacional”.

Sin embargo, no puede ignorarse el nacionalismo como motivo para aprobar la Ley de Cuotas. En este caso se refiere, por un lado, a la imagen de Colombia como un país que se rige por el Derecho y por la aspiración de contar como nación civilizada. De acuerdo con lo primero, Colombia siempre ha sido un participante concienzudo en la comunidad internacional, firmando y ratificando los principales convenios internacionales,⁹⁴ cumpliendo con sus obligaciones adquiridas y observando las recomendaciones de las organizaciones internacionales, incluso cuando hacerlo puede resultar perjudicial para sus propios intereses (por lo menos eso es lo que se dice). La medida de la civilización, por su parte, la dan las leyes y prácticas internacionales que encarnan algunos principios naturales de justicia o imparcialidad, como aquellos relacionados con los derechos humanos, y también las leyes y prácticas de las naciones “civilizadas”, esto es, las naciones desarrolladas.

Estas dos ideas de legalidad y civilización entran frecuentemente en tensión y no han estado exentas de críticas. En el caso de las reformas para mejorar la situación de las mujeres en la sociedad colombiana, invocar una combinación de ambas parece haber sido crucial. De hecho, en su explicación del proceso que llevó a la reforma constitucional que garantizó a las mujeres el derecho a votar, Magdala Velásquez⁹⁵

⁹³ La administración Pastrana bautizó como “Plan Colombia” el paquete de ayuda que se negociaba con la administración Clinton. Un examen interesante acerca del rol de la comunidad internacional en la guerra colombiana puede encontrarse en JUAN TOKATLIÁN, “Acerca de la dimensión internacional de la guerra y de la paz en Colombia: conjeturas sobre un futuro incierto”, en *Los laberintos de la guerra*, FRANCISCO LEAL BUITRAGO (ed.), Tercer Mundo y Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, pp. 243-268.

⁹⁴ Para una compilación de todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, véase MARIO ALEJANDRO QUINTERO y FEDERICO TORRES (eds.), *Colombia y el Derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

⁹⁵ Véase MAGDALA VELÁSQUEZ TORO, “Condición jurídica y social de la mujer”, en *Nueva historia de Colombia*, ALVARO TIRADO MEJÍA (ed.), Planeta, Bogotá, 1989, pp. 48-59 [en adelante “Condición de la mujer”]; y MAGDALA VELÁSQUEZ

señala la dependencia de los propugnadores del sufragio femenino (hombres, en su mayoría) de una combinación de argumentos entre los que sobresalían la comparación con las naciones “civilizadas” y la existencia de obligaciones internacionales vinculantes para el Estado colombiano. No obstante, por varios años se debió acumular evidencia. Cuando las primeras propuestas fueron presentadas en 1933, 1936 y 1946, tanto liberales como conservadores atacaron ferozmente los proyectos que los congresistas y los sucesivos Presidentes⁹⁶ presentaron al Congreso.⁹⁷ Velásquez cita, por ejemplo, las declaraciones del senador F. Camaño, quien afirmaba que

[...] en París las mujeres abogadas han sido un desastre, no ha sido posible convertir a mujeres en jueces; no pueden ir sin *rouge* en las etapas más delicadas de la investigación. Está bien que las mujeres sean enfermeras o maestras, pero que sean gobernadoras no va en consonancia con nuestro temperamento.

TORO, “Reflexiones históricas en torno a los derechos políticos de las mujeres”, en *Cuarenta años del voto de la mujer en Colombia*, Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, Bogotá, 1997, pp. 21-52 [en adelante “Derechos Políticos”]. Éste fue un argumento invocado explícitamente por las mujeres de la élite que impulsaron las reformas que garantizaban el sufragio femenino en la Comisión de Estudios Constitucionales; de acuerdo con Velásquez: “Luego de afirmar que las naciones desarrolladas habían abordado el tema de las mujeres en el gobierno [...], se rechazó la presunción de que una actividad [sufragio femenino] que todo el mundo ha adoptado —excepto 15 países—, podía ser peligrosa [...]”. VELÁSQUEZ, “Derechos políticos”, *ibid.*, p. 27. Como será explicado más adelante, muchas variaciones de este mismo argumento fueron utilizadas en el proceso de garantizar el sufragio femenino.

⁹⁶ En 1944, el gobierno liberal presentó ante el Congreso un proyecto de ley que incluía una reforma constitucional que garantizaba el sufragio femenino, pero sujetándolo a una regulación posterior que debía ser llevada a cabo por el Congreso. Por otro lado, también por iniciativa del Presidente, pasó una reforma constitucional que permitía al Presidente nombrar mujeres en cargos de libre nombramiento y remoción (Acto Legislativo N° 1, 1945), *ibid.*

⁹⁷ En 1933, los congresistas conservadores Augusto Ramírez Moreno, Juan de Dios Arellano, y otros, presentaron un proyecto de reforma constitucional que garantizaba el voto femenino. Sin embargo, el proyecto fue archivado sin siquiera haber sido debatido. En 1946, fueron presentados tres proyectos distintos sobre este mismo tema: uno de Augusto Ramírez Moreno (conservador), otro de Germán Zea Hernández (liberal), y otro de Gilberto Vieira, José Francisco Socarrás y Augusto Durán (socialistas). VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, pp. 48-53.

También cita a Calibán, un reconocido columnista de la época, para quien

[...] en 10 años, los Estados Unidos tendrán 15 millones de solteras de entre treinta y cuarenta y cinco años que acabarán con la paz pública [y urge] no introducir fermentos letales en la organización social: preservémoslo y no lo sometamos a la enferma prueba del voto femenino, que será el paso inicial hacia una transformación letal de nuestras costumbres y la batalla de los sexos.⁹⁸

Los eventos que tuvieron lugar en el contexto de la II Guerra Mundial, y la multiplicación de documentos internacionales requiriendo e invitando a extender el derecho de las mujeres a votar,⁹⁹ rompió con algunas de las reticencias a aprobar la reforma. Velásquez explica que muchos conservadores se conmovieron por la convocatoria que hizo el Papa Pío XII a que las monjas votaran por el partido Social Cristiano “para salvar a Italia del comunismo”.¹⁰⁰ Los liberales fueron convencidos por el consenso internacional sobre la igualdad entre los sexos, pero su temor a perder las elecciones a causa del poder que los curas ejercían sobre las mujeres los llevó a apoyar un “reconocimiento progresivo” de los derechos de las mujeres.¹⁰¹ Tuvieron que pasar ocho años más y una guerra civil¹⁰² antes de que se pudiera alcanzar la reconcilia-

⁹⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁹ El representante encargado de intervenir ante la Comisión, el conservador Guillermo Chaves Chaves, hizo énfasis en las obligaciones internacionales asumidas por el Gobierno. Según Velásquez, las siguientes obligaciones fueron citadas: “La VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, en 1928, creó una comisión encargada de trabajar por los derechos de la mujer, llamada posteriormente Comisión Inter-americana de la Mujer, desde la VII Conferencia de Montevideo, en 1933. También en México, la Conferencia Inter-americana sobre Problemas de Guerra y Paz, celebrada en 1945, donde Colombia suscribió la resolución que recomendó la abolición de la legislación discriminatoria [...]. De igual manera, la Conferencia que se reunió en San Francisco de abril a junio de 1945, donde se redactó la Carta de las Naciones Unidas y en la cual Colombia participó [llegó a la conclusión de que hombres y mujeres debían tener igualdad de derechos]”. *Ibid.*, pp. 53-54.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 54. Véase también VELÁSQUEZ, “Derechos políticos”, *supra* nota 94, p. 30.

¹⁰¹ Los liberales proponían darle instrucción a las mujeres en el ejercicio de sus derechos políticos a través de una participación restringida en elecciones para Consejos Municipales, como votantes y como candidatas. VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 54.

¹⁰² Éste es el periodo conocido como la Violencia, con mayúscula.

ción entre estas dos posiciones. La reforma fue finalmente introducida en 1954 por la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual había dos miembros mujeres,¹⁰³ y establecida después de que la intensidad de la guerra entre liberales y conservadores llevara a la designación de un militar como dictador.

Así mismo, la reforma al Código Civil de 1887, en relación con la condición de la mujer en la familia,¹⁰⁴ y la modificación, en 1974, del concordato con la Iglesia católica,¹⁰⁵ pueden entenderse como inspirados en cambios en las prácticas internacionales, en particular, en la aprobación, en 1967, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el anuncio de que 1972 sería el Año de la Mujer.¹⁰⁶

En los 9 años precedentes a la aprobación de la Ley de Cuotas, la influencia de la Ley y la práctica internacional sobre el comportamiento legislativo es todavía más palpable. Como ha sido explicado previamente, de las diez leyes en las que se puede asumir que tocan directamente cuestiones relacionadas con la mujer,¹⁰⁷ siete aprobaban acuerdos internacionales firmados por el ejecutivo.¹⁰⁸

En el caso de la Ley de Cuotas es interesante notar que la experiencia de los países previamente demonizados en el debate sobre cuestiones de género (especialmente los Estados Unidos) no fue mencionada, y que el énfasis fue puesto en la acumulación de citas de documentos internacionales recomendando la adopción de medidas positivas para mejorar la posición de la mujer en la sociedad. Efectivamente, en el resumen que presentó la senadora Morales al Congreso, junto con el proyecto, después de proveer datos sobre la situación de las mujeres en la administración pública y la política en el mundo (citando “una publicación de las Naciones Unidas”), afirma que:

¹⁰³ Como se anotó anteriormente, las mujeres podían ser nombradas en cargos públicos en virtud de la reforma constitucional de 1945. Las primeras mujeres nombradas fueron Esmeralda Arboleda y Josefina Valencia.

¹⁰⁴ Decreto Presidencial 2820 de 1974.

¹⁰⁵ Ley 20 de 1974, publicada en el *Diario Oficial*, 14 de enero, 1975.

¹⁰⁶ VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 61; VELÁSQUEZ, “Derechos políticos”, *supra* nota 94, pp. 63-64.

¹⁰⁷ Véase *supra* nota 61.

¹⁰⁸ Véase *supra* notas 65 y 67.

Los datos previamente presentados llevan a concluir que la participación de la mujer es pobre en el mundo entero, pero algunos países han perseguido un mayor equilibrio entre los sexos en los partidos políticos, como en Suecia, que en 1972 aprobó el sistema de cuotas para la representación parlamentaria, llegando a una participación del 40% de mujeres en el nivel ejecutivo del partido liberal. Otros partidos de Dinamarca, Francia y Noruega también han establecido cuotas.

Efectivamente, los países nórdicos constituyen un buen ejemplo de igualdad y efectiva participación de las mujeres en condiciones similares a las que disfrutaban los hombres, siendo un modelo para la integración de las mujeres en cargos políticos directivos y en la vida pública. Para esto ha sido esencial no sólo tener altos grados de educación o participación en organizaciones de mujeres, sino también la acción afirmativa de los gobiernos que, con su voluntad política, han querido reconocer la capacidad de [...].¹⁰⁹

La exposición de motivos y los sucesivos informes, algunos más precisa y extensamente que otros, citan los siguientes documentos internacionales: Plan de Acción Mundial, de 1975, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (son citados los artículos 1, 4, 7 y 8¹¹⁰), Estrategias de Nairobi para el Futuro, de 1985 (párrafos 86-91),¹¹¹ Plan de Acción Regional para la Mujer en Latinoamérica y el Caribe, 1995-2001, aprobado en 1994, y Plataforma de Acción de Beijing, acordada en 1995 (párrafos 186, 190, 192).¹¹² La senadora Morales enfatiza en su exposición de motivos las obligaciones internacionales del país en relación con la adopción de medidas para garantizar la participación de la mujer en la administración pública:

Además, esta participación [la prevista en la Ley de Cuotas] en el porcentaje indicado [30%] no es sólo una realidad y una necesidad nacional, sino que también constituye una consecuencia natural de los compromisos que nuestro país ha asumido en el sentido de adoptar medidas especiales para acelerar la igualdad de factores entre hombres y mujeres, como está indicado en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹¹³

¹⁰⁹ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, p. 5.

¹¹⁰ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 2.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, p. 6.

El representante Emilio Martínez Rosales también afirma en su informe:

En la actualidad, numerosos instrumentos internacionales apoyan el uso de medidas especiales para avanzar en el cumplimiento real y efectivo de los derechos generales de las mujeres, y en particular, de sus derechos políticos.¹¹⁴

Los informes de la senadora Londoño, a este respecto, son mucho más sucintos. Ella sólo cita los documentos y subraya que la participación de Colombia en múltiples conferencias apoyadas por las Naciones Unidas no ha significado una mejora real en la participación de las mujeres en los cargos decisorios.¹¹⁵

V. MANDATOS CONSTITUCIONALES DIRIGIDOS A LOS LEGISLADORES

El artículo 40 de la Constitución de 1991, que establece el derecho de todos los ciudadanos a “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, incluye una cláusula final que establece que “las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de las mujeres en los cargos de toma de decisión de la Administración Pública”. El texto constitucional, como era de esperarse, fue invocado, tanto en la exposición de motivos que acompañó al proyecto original¹¹⁶ como en los informes sucesivos a las comisiones y a cada plenaria.¹¹⁷ El argumento planteaba que el texto constitucional necesitaba ser desarrollado a través de una legislación especial, como lo indicó Emilio Martínez Rosales en sus informes a la Cámara de Representantes: “Para que esta disposición tenga efectos, deben promulgarse las correspondientes leyes y regulaciones”.¹¹⁸

De hecho, a pesar de que el Departamento Nacional de Planeación había ordenado la participación de las mujeres

¹¹⁴ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 2. El reporte reproduce exactamente el fragmento citado.

¹¹⁵ *Gaceta del Congreso*, N° 219, *supra* nota 87, p. 13; *Gaceta del Congreso*, N° 278, *supra* nota 88, p. 6.

¹¹⁶ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, p. 4.

¹¹⁷ *Gaceta del Congreso*, N° 278, *supra* nota 88, p. 7; *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, pp. 2-3.

¹¹⁸ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 3.

en cargos decisorios dentro de la Administración Pública, esta participación seguía siendo baja en los cargos de máximo nivel decisorio a los cuales se refiere la Ley. En sus informes a la Primera Comisión del Senado y a la plenaria de esta corporación, la senadora Margarita Londoño afirma:

En 1990 los votos de las mujeres constituían el 50% del total, pero su representación era del 1% en el Senado, 2% en la Cámara de Representantes, el 2,5% en los Consejos Municipales, 4% en el Gobierno Municipal. En el periodo 94-98, tuvimos una participación femenina del 6,8% en el Senado y se obtuvo el 13% en la Cámara de Representantes. La participación femenina como votantes se ha mantenido estable en un 50% pero el aumento en la participación en puestos electivos y de dirección ha aumentado muy lentamente, y en algunos casos ha disminuido, como en la reciente designación del Gabinete Presidencial, en el cual la presencia de las mujeres se ha limitado a dos ministros.¹¹⁹

Los informes de Emilio Martínez Rosales a la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y a la plenaria, incluyen datos similares sobre la participación de las mujeres en el Congreso,¹²⁰ y proveen datos adicionales que ilustran la ausencia de mujeres en la rama ejecutiva del gobierno, que es mucho más relevante para la Ley:

En la historia republicana, ninguna mujer colombiana ha ocupado la presidencia, y en 1954, por primera vez, una mujer fue designada Ministro —de comunicaciones— cuando las mujeres todavía no tenían el derecho a votar.

El presidente Belisario Betancur (1982-1986), acogió de buen grado las propuestas al Comité Femenino del Nuevo Liberalismo:¹²¹ designó a 2 mujeres como ministros, 12 como viceministros y un buen número de mujeres ocuparon altos puestos de toma de decisiones dentro de la rama ejecutiva [...].

Durante la presidencia de César Gaviria, el porcentaje de mujeres que fueron ministros o viceministros fue sólo del 7%, mientras [entre] los gobernadores de los departamentos, democráticamente elegidos por primera vez en 1991 [las mujeres] alcanzaron sólo el 3,8%.

¹¹⁹ *Gaceta del Congreso*, N° 219, *supra* nota 87, p. 13; reproducida en *Gaceta del Congreso*, N° 278, *supra* nota 88, p. 6.

¹²⁰ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, pp. 3-4.

¹²¹ El Presidente Betancur pertenecía al Partido Conservador.

Durante la presidencia de Ernesto Samper, sólo tres mujeres ocuparon la posición de ministros: Relaciones Exteriores, Salud y Justicia.

El actual gobierno [del Presidente Andrés Pastrana] sólo tiene dos mujeres como ministros: Comercio Exterior y Comunicaciones [...]. De acuerdo con la información suministrada por el Consejo de la Juventud, la Mujer y la Familia de la Presidencia con respecto a los puestos de toma de decisiones: “Para 1991, en la rama ejecutiva central (incluyendo municipalidades, departamentos administrativos y cuerpo diplomático), el 21,5% eran mujeres. Y esta tendencia tendió a disminuir en los puestos más altos”.

En efecto, en estos puestos más altos, entendiendo por esto a los puestos más altos dentro de la jerarquía, en el sector central nacional la participación de las mujeres es sólo del 11,3%, mientras en el sector descentralizado es del 13,4%, según la información actualizada al 20 de agosto de 1993, por el Consejo de Modernización del Estado.

Contabilizando juntos a los sectores centrales y descentralizados, la participación de las mujeres es sólo del orden del 12,1%.¹²²

El carácter programático de la cláusula constitucional se hace evidente por el hecho de que su existencia no ha sido suficiente para garantizar el derecho que establece. En realidad, la Constitución establece explícitamente que este derecho es de aplicación inmediata,¹²³ esto es, que su cumplimiento no depende de su desarrollo legislativo.¹²⁴ El magistrado Eduardo Cifuentes¹²⁵ ha argumentado que el derecho puede ser protegido por la Tutela,¹²⁶ pero ninguna mujer ha

¹²² *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 4.

¹²³ El artículo 85 de la C.P. enumera los derechos de aplicación inmediata: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”.

¹²⁴ La Corte Constitucional explicó que los derechos que la Constitución incluye bajo la denominación de derechos de aplicación inmediata son aquellos que “no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata”. Sentencia T-02 de 1992, Corte Constitucional, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁵ Esta tesis fue sostenida por el magistrado Cifuentes en una presentación oral en un taller organizado por VIVA la Ciudadanía y la Casa de la Mujer, en Cali, Colombia, en noviembre de 1998.

¹²⁶ La Corte estableció que esta clasificación es indicativa de los derechos que pueden ser protegidos por la acción de Tutela. Véase Sentencia T-02 de 1992, *supra* nota 123. La acción de Tutela fue establecida en el artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tendrá acción de Tutela para reclamar

utilizado ese mecanismo.¹²⁷ En realidad, es difícil ver cómo puede ser reclamado ya que ninguna mujer puede alegar tener derecho a ser designada ministra o directora de un Departamento Administrativo, y la individualización del daño es uno de los requerimientos del procedimiento para interponer una Tutela.¹²⁸

La existencia de la cláusula de “acción afirmativa” en el artículo de la Constitución que establece el derecho a la igualdad, parece haber sido un elemento importante en la aprobación del mecanismo de cuota. Efectivamente, el artículo 13 de la Constitución de 1991 establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos marginales o discriminados”. La cláusula no está sólo explícitamente mencionada en el largo título de la Ley, sino que asimismo fue invocada en la exposición de motivos que acompañaba el proyecto presentado por la senadora Viviane Morales, y en los informes presentados por el representante Emilio Martínez Rosales a la comisión y la plenaria. La senadora Morales, citando los textos correspondientes, afirma:

Estas normas reúnen las declaraciones de igualdad y de participación sin discriminación que las mujeres han planteado como condición para el completo desarrollo de su potencial en socie-

ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...]”.

¹²⁷ Véase “Las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Observatorio legal de la mujer: el legado de la Constitución*, CRISTINA MOTTA, ISABEL JARAMILLO y MÓNICA ROA (eds.), Estudios Ocasionales del CIJUS, Bogotá, 1998.

¹²⁸ La Corte Constitucional ha introducido múltiples matices con respecto a la individualización del daño. De hecho, ha admitido acciones de Tutela presentadas por un grupo de individuos cuando se ha podido demostrar que han sido individualmente afectados por los mismos eventos. Véase, entre otras, Sentencia T-528 de 1992, Corte Constitucional, magistrado ponente Fabio Morón Díaz; y Sentencia T-547 de 1995, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Por otro lado, ha reconocido a los grupos étnicos (indígenas y raciales) como sujetos colectivos. Sentencia T-380 de 1993, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. La individualización del daño es un tema importante debido a que la Tutela está pensada para ser un mecanismo residual y hay otros mecanismos constitucionales para la protección de derechos colectivos. Véase *Constitución Política*, *supra* nota 7, art. 88.

dad. Ellas plantean una innovadora visión constitucional que requiere de la expansión de espacios de participación política y social para las mujeres y otros grupos que han sido tradicionalmente discriminados [...].

Es bueno advertir que la obligación del Estado en cuanto a crear las condiciones para que la igualdad resulte real y efectiva está establecida, por lo que no es suficiente, repito, que la condición de la mujer haya mejorado desde el punto de vista formal. El deber del Congreso es precisamente el de materializar, a través de acciones globales pero también específicas, aquellos anhelos de participación que obedecen al deseo natural de la mitad de la población de Colombia.¹²⁹

Por su parte, Martínez manifiesta:

Este proyecto es un desarrollo del principio constitucional de la discriminación favorable o positiva, ya que establece un sistema de cuotas de participación mínima para mujeres en los puestos de dirección de la administración pública, con vistas a promover su satisfacción.¹³⁰

El Estado tiene asignada la función de promoción y protección de aquellas personas o grupos que por variadas razones están en condiciones de inferioridad para alcanzar los valores de libertad e igualdad.¹³¹

En el mismo sentido, el título largo, la exposición de motivos y los informes, invocan el artículo 43 de la Constitución como una justificación para la aprobación de la Ley. El primer párrafo de este artículo establece que: “Mujeres y hombres tienen los mismos derechos y oportunidades. Las mujeres no deben estar sometidas a ninguna clase de discriminación [...]”. Finalmente, la relevancia de las disposiciones constitucionales en la aprobación de la Ley se hace una vez más clara cuando son tomados en cuenta los silencios legislativos. Como ha sido establecido previamente, de las diez leyes aprobadas por el Congreso en el período 1991-1998, siete aprobaron tratados internacionales y dos tenían una referencia constitucional concreta.¹³²

¹²⁹ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, p. 4.

¹³⁰ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 3.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Véase *supra* nota 64.

VI. NADA CAMBIARÁ...

Hasta aquí se ha argumentado que la promulgación de la Ley de Cuotas puede ser entendida como motivada por los beneficios que ofreció a los miembros del Congreso, al Congreso y a “la Nación”, y en la percepción de que existían restricciones de Derecho constitucional e internacional que obligaban una acción en este sentido. Se sostuvo, en primer lugar, que la Ley sirve a los intereses de los miembros del Congreso para expandir su maquinaria burocrática y que las mujeres, como sujetos de género, ofrecían ventajas particulares para la estrategia. Luego se argumentó que los miembros del Congreso podrían reivindicar, sin riesgo, la legitimidad del Congreso y reclamar reconocimiento por haber aprobado la Ley, ya que la decisión final descansaba directamente sobre la Corte Constitucional y el Presidente. También se trajo a colación el interés de los miembros del Congreso en asegurar a la comunidad internacional que los problemas sociales en Colombia podrían ser resueltos a través de canales institucionales, así como la incidencia del discurso nacionalista que ordena cumplir con la ley internacional y tener comportamientos civilizados. Finalmente, se argumentó que la existencia de cláusulas específicas en la Constitución, concernientes a la adopción de medidas que aseguren la participación de las mujeres en la administración pública, operaron como una justificación para la Ley.

Esta combinación de intereses y restricciones ilustra cómo la Ley de Cuotas podría ser percibida como el desarrollo de una ley ya establecida (internacional y constitucional) y, por esto, como un paso “natural” y como un valioso instrumento para propósitos electorales, para la legitimación del Congreso frente a las otras ramas y para realzar el prestigio del país ante la comunidad internacional.

El sentimiento general que se obtiene a partir de este cuadro es que los miembros del Congreso no pensaron que la Ley modificaría dramáticamente las relaciones de género en Colombia o, cuando menos, que ningún cambio los afectaría.

SEGUNDA PARTE: LA MOVILIZACIÓN FEMINISTA EN TORNO A LA LEY DE CUOTAS

Si bien la descripción anterior sobre los intereses y restricciones de los legisladores parece explicar coherentemente la promulgación de la Ley de Cuotas, una cuidadosa mirada a los procedimientos revela que el proceso no fue tan “natural” como muchos podrían pensar. De hecho, tanto la exposición de motivos de la senadora Morales como los informes de los senadores Londoño y Martínez Rosales, enfatizan que el proyecto fue presentado anteriormente, en cinco ocasiones. La senadora Morales narra los intentos frustrados de lograr la aprobación de la Ley:

Presenté este proyecto el 23 de septiembre de 1993 [...] y recibí [sic] una opinión favorable que fue publicada en [...] que no fue oportunamente incluida en la agenda de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes para que tuviera el debate correspondiente; esto impidió completar el procedimiento legal en un período legislativo por lo que fue necesario ordenar que se archivara [...].

El 9 de agosto de 1994 volví a presentar el proyecto [...] que volvió a recibir una opinión favorable [...] que tras varias sesiones fue aprobado sin enmiendas por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 20 de abril de 1995, sólo 60 días antes del fin del período legislativo, lapso en el cual era materialmente imposible que tuvieran lugar los otros tres debates [uno en cada plenaria y uno en la Comisión Primera del Senado], y el proyecto fue archivado nuevamente.

Por tercera vez, presenté el proyecto el 20 de julio de 1995 [...] y recibí una opinión favorable, pero por razones desconocidas nunca fue debatido en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

El proyecto fue presentado por cuarta vez [...] y fue aprobado en el primero y segundo debate en la Cámara de Representantes, pero por falta de tiempo la opinión favorable presentada por el senador Parmenio Cuéllar al Primer Comité del Senado no pudo ser debatida.

Por quinta vez, el proyecto fue presentado el 21 de julio de 1997 [...] y aprobado por la Comisión Primera y la Plenaria de la Cámara de Representantes. Como es ley estatutaria, de acuerdo con los artículos 152 y 153 de la Constitución Nacional, no había suficiente tiempo para proceder a su debate en el Senado.¹³³

¹³³ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, p. 3.

La senadora Londoño, en su informe a la Comisión Primera del Senado, explica a este respecto:

Este proyecto [...] requiere una especial diligencia en su estudio. Su aprobación demandaría una verdadera voluntad política para que con el concurso de los senadores y representantes se obtenga un instrumento legal para garantizar una adecuada y efectiva participación de las mujeres en la vida pública de la Nación y un mejoramiento en su participación en el sector privado.

Desafortunadamente, hasta la fecha, no ha sido éste el caso. El proyecto ha sido presentado al Congreso en 5 ocasiones distintas, y obstáculos relacionados con el tiempo y la voluntad política han impedido su promulgación como ley de la República.¹³⁴

Después de esta afirmación, el informe incluye un cuadro que ilustra la historia del proyecto en el Congreso.

El representante Martínez Rosales también incluye en sus informes una explicación de la historia de la Ley,¹³⁵ agregando que el proyecto debería ser aprobado porque responde a “necesidades sentidas”.¹³⁶

Un análisis de la actividad del Congreso entre 1991 y 1998, por otro lado, revela que no solamente la senadora Morales presentó proyectos sobre la participación de las mujeres en la administración y la política. En diciembre de 1991, Regina Betancourt de Liska presentó un proyecto al Senado, “por medio del cual se regulaba la igual presencia de hombres y mujeres en cargos públicos”.¹³⁷ En este mismo mes y año, el senador Manuel Moreno Rojas presentó al Senado un proyecto “por el cual la participación de hombres y mujeres en la administración pública está regulada de acuerdo con los requerimientos y el espíritu de la Constitución Nacional”.¹³⁸ Se lo puso junto al proyecto de Betancourt y se ordenó el archivo de ambos proyectos a través de un memorando del 31 de agosto de 1992.¹³⁹ En julio de 1992, los senadores Regina Betan-

¹³⁴ *Gaceta del Congreso*, N° 219, *supra* nota 87, p. 12.

¹³⁵ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 4.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Proyecto de Ley N° 003 de 1991-Senado, *Gaceta del Congreso*, N° 21, 1991; *Gaceta del Congreso*, N° 9, 1992.

¹³⁸ Proyecto de Ley N° 019 de 1991-Senado, *Gaceta del Congreso*, N° 31, 1991; *Gaceta del Congreso*, N° 43, 1991; *Gaceta del Congreso*, N° 9, 1992.

¹³⁹ PARRA, *supra* nota 61.

court de Liska,¹⁴⁰ Samuel Moreno Rojas¹⁴¹ y Bernardo Gutiérrez Zuluaga¹⁴² presentaron al Senado proyectos sobre participación de la mujer en la administración pública, que también fueron archivados.¹⁴³

¿Por qué tantas personas presentaron proyectos sobre esta cuestión y por qué tantas veces? ¿Por qué, particularmente, la senadora Morales persistió? Lo primero que debe resaltarse es que los senadores que presentaron los proyectos son considerados “honestos” y una parte importante de sus votos, y en algunos casos todos, son votos de opinión y no de clientela. La senadora Regina Betancourt de Liska fue elegida para ese cargo como representante del movimiento “Metapolítico Unitario” en 1991; luego fue acusada de recibir dinero de narcotraficantes para financiar su campaña. Sin embargo, se presentó con una plataforma místico-populista que la hizo muy atractiva para las masas. La senadora Piedad Córdoba, si bien es miembro del partido liberal y utiliza su maquinaria política, es ampliamente reconocida como defensora de los derechos de las mujeres, de la comunidad negra, y de los derechos humanos en general. El senador Samuel Moreno Rojas fue elegido en 1991 en la lista del partido AD M-19, fundado por el movimiento guerrillero M-19 después de su desmovilización. La senadora Viviane Morales fue elegida como cabeza de una lista presentada por el Movimiento Cristiano.

Como representantes del “público”, estos senadores tenían un claro interés en obtener reconocimiento. La euforia generada por la aprobación de la Constitución de 1991¹⁴⁴ explica su intención de obtener reconocimiento como impulsores de una Constitución nueva y progresista. El creciente enfria-

¹⁴⁰ Proyecto de Ley N° 79 de 1992-Senado, N° 329 de 1993-Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso N° 144, 1992; Gaceta del Congreso N° 196, 1993; Gaceta del Congreso N° 247, 1993; Gaceta del Congreso N° 363, 1993.

¹⁴¹ Proyecto de Ley N° 86 de 1992-Senado, Gaceta del Congreso N° 11, 1992; Gaceta del Congreso N° 144, 1992.

¹⁴² Proyecto de Ley N° 90 de 1992-Senado, Gaceta del Congreso N° 17, 1992; Gaceta del Congreso N° 144, 1992.

¹⁴³ PARRA, *supra* nota 61.

¹⁴⁴ Mucho ha sido dicho en Colombia acerca de las ilusiones y esperanzas creadas por la Constitución. Véase, por ejemplo, JOHN DUGAS (ed.), *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993.

miento de la exaltación constitucional explica el abandono del proyecto por parte de muchos de estos senadores. Pero entonces, ¿por qué persistió Morales? ¿Y por qué Piedad Córdoba, la única senadora directamente relacionada con la movilización feminista,¹⁴⁵ abandonó el proyecto?

Al menos parte de la respuesta yace en el hecho de que el movimiento feminista en Colombia estaba interesado en la aprobación de la Ley y la buscaba activamente. La participación de las feministas en este proceso es, sin embargo, difícil de rastrear. En los documentos citados hasta aquí, sólo hay una referencia. El informe de Margarita Londoño a la Comisión Primera del Senado incluye en su lista de fuentes un documento de la “Red Nacional de Mujeres” titulado “Garantizando la participación política de las mujeres en Colombia, Ley de Cuotas” (1998).¹⁴⁶ En la audiencia pública adelantada por la Corte Constitucional, la representante del movimiento feminista invitada fue Florence Thomas, quien nunca estuvo interesada en estos temas en particular.¹⁴⁷

Es interesante notar que si se trata de rastrear la participación del movimiento en la aprobación de la cláusula contenida en el artículo 40 de la Constitución, cuyo rol en la aprobación de la Ley ya ha sido explorado, se encuentra la misma dificultad: los documentos oficiales no incluyen registros de alguna participación. De hecho, en el informe presentado por Aída Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas y María Mercedes Carranza (miembros de la segunda sub-comisión a cargo de hacer los borradores de la Carta de Derechos) a la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente, el artículo concerniente a los derechos políticos no mencionaba la participación de las mujeres en la administración pública. En el documento no hay registro de que haya habido alguna intervención a propósito de este

¹⁴⁵ Véase ZAMBRANO, *supra* nota 12, p. 272.

¹⁴⁶ *Gaceta del Congreso*, N° 219, *supra* nota 87, p. 14.

¹⁴⁷ Su trabajo académico se centró en la teoría psicoanalítica y literaria. Véase FLORENCE THOMAS, *Los estragos del amor: el discurso amoroso en los medios de comunicación*, Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 1994; *El macho y la hembra reconstruidos: aportes en relación con los conceptos de masculinidad y feminidad en algunos mass-media colombianos: fotonovela, canción, comerciales*, Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1985.

punto.¹⁴⁸ El artículo aprobado por la Comisión Primera tampoco incluye esta cláusula.¹⁴⁹ El artículo que se sometió a aprobación en los dos debates de plenaria si la incluyó. No hay indicación de cuándo fue introducida, de quién propuso el cambio, ni de que haya existido ningún desacuerdo.¹⁵⁰

Norma Villarreal Méndez, miembro de la “Unión de Ciudadanas por Colombia”, explica la manera como el movimiento de mujeres impulsó la introducción de esta cláusula en la Constitución:

A través de sus contactos con miembros de la Asamblea pertenecientes al Partido Conservador de Valle del Cauca, el grupo ‘Mujeres por la Democracia’, obtuvo el apoyo para incluir el párrafo sobre la adecuada participación de las mujeres en los órganos de toma de decisión del Estado.¹⁵¹

De hecho, de acuerdo con Villarreal Méndez, debido a la incapacidad del movimiento de tener un representante electo,¹⁵² ésta fue la manera general como operaron las feministas.¹⁵³ Su descripción de las estrategias usadas es fascinante:

¹⁴⁸ *Gaceta Constitucional*, N° 51, 16 de abril, 1991, pp. 19-24.

¹⁴⁹ *Gaceta Constitucional*, N° 83, 15 de mayo, 1991, p. 10.

¹⁵⁰ Véase Actas de Sesión Plenaria, 18 de junio, 1991, publicada en *Gaceta Constitucional*, N° 139, 22 de noviembre, 1991, p. 11; Actas de Sesión Plenaria (segundo debate), 29 de junio, 1991, publicada en *Gaceta Constitucional*, N° 142, 21 de diciembre, 1991, pp. 12-13; Artículos de la Constitución Política de Colombia Aprobados en Primer Debate, publicados en *Gaceta Constitucional*, N° 109, 27 de junio, 1991, p. 8; Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para Segundo Debate, publicada en *Gaceta Constitucional*, N° 113, 5 de julio, 1991, p. 3; Constitución Política de Colombia 1991 (compilación hecha por la relatoria como trabajo final), en *Gaceta Constitucional*, N° 127, 10 de octubre, 1991, p. 4.

¹⁵¹ NORMA VILLARREAL MÉNDEZ, “Utopía feminista en Colombia”, en *Mujeres y participación política*, MAGDALENA LEÓN (ed.), Tercer Mundo, Bogotá, 1994, p. 194.

¹⁵² Villarreal explica que a pesar de la fuerte participación femenina en los eventos que llevaron a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, las afiliaciones partidistas de las feministas involucradas prevalecieron sobre los intereses del feminismo. El movimiento feminista autónomo “comprometido en la recolección de firmas se vio en la necesidad de regresar y presentar una lista nacional que fue registrada pero que no contó con el apoyo suficiente. El movimiento tuvo que enfrentar problemas de acceso a los medios de comunicación y de falta de recursos”. *Ibid.*, p. 193. En una nota al pie de esta explicación, Villarreal afirma: “Rosa Turizo encabezó la lista para las elecciones de la Asamblea Constituyente como representante de la UCC (Unión de Ciudadanas Colombianas) y el feminismo “autónomo” inscribió a Norma Villarreal Méndez en el segundo renglón de la lista”.

¹⁵³ Un patrón de acción política similar al que será descrito en este punto ha

El 'Colectivo de mujeres de Bogotá' comenzó un trabajo de sensibilización con las mujeres que habían sido elegidas [no feministas],¹⁵⁴ que luego fue extendido a otros miembros de la Asamblea que terminaron estando más comprometidos con la defensa de la libre elección de la maternidad. Con uno de los grupos aconsejando al representante de la Organización Nacional Indígena —ONIC—, se trabajó sobre una propuesta que incluía las demandas de las mujeres.

Las organizaciones del movimiento de mujeres aceptaron aunar los esfuerzos que ya estaban en marcha para conseguir una presencia efectiva en la Asamblea Constituyente. Se creó la 'Red Constituyente de Mujeres'. Comenzó con 10 grupos de mujeres y pronto fueron 85. La coordinación de información entre los miembros fue manejada por el Área de la Mujer del World University Service que apoyaba las actividades del Women Words Group, patrocinador de la red.

Se programaron foros y desayunos de trabajo con miembros de la Asamblea, empezando así una estrategia de lobby que fue reforzada por otros grupos de mujeres [...].

Cuando la Asamblea Constitucional terminó su trabajo, las mujeres habían logrado la inclusión de derechos especiales para ellas [...].¹⁵⁵

Al final del artículo, publicado en 1995, señala que:

La iniciativa combinada de las congresistas y las mujeres del movimiento ha comenzado el desarrollo legislativo de los principios constitucionales. Pero esto es sólo el principio. El diseño de una estrategia de participación en todas las esferas de toma de decisión, públicas y privadas, es un proceso que todavía debe ser debatido, a la luz de las experiencias más recientes.

sido atribuido al movimiento feminista en los Estados Unidos: "Las feministas no dependen de la agitación pública con el fin de alcanzar sus objetivos; más bien, ellas prefieren apoyar los cambios en la política social a través de esfuerzos convencionales como el cabildeo [...]. Las abogadas feministas en Washington son profesionales integrales que mantienen una presencia visible en una variedad de temas. Su reputación para conceptos técnicos y legales, junto con su tenacidad, les ha ganado el acceso que tienen en todos los niveles políticos". JOYCE GELB y MARIAN LIEF PALLEY, *Women and Public Policies*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 3.

¹⁵⁴ Cuatro mujeres fueron escogidas como miembros de la Asamblea Nacional Constituyente: Aida Yolanda Abella Esquivel (del movimiento de izquierda AD M-19), Helena Herrán de Montoya (del partido liberal), María Teresa Garcés Lloreda y María Mercedes Carranza. Para ver la lista completa de los miembros de la Asamblea puede consultarse la *Gaceta Constitucional*, N° 114, 7 de julio, 1991, p. 2.

¹⁵⁵ VILLARREAL MÉNDEZ, *supra* nota 150, pp. 193-194.

En el caso de la Ley de Cuotas, las intervenciones feministas se parecieron a las estrategias desplegadas por el Movimiento de Mujeres durante el proceso de reforma constitucional. De acuerdo con Olga Amparo Sánchez, actual coordinadora de desarrollo institucional de la Casa de la Mujer, ellas (la Casa de la Mujer) se contactaron desde el principio con el equipo de asesores de las autoras de varios proyectos “ofreciendo elementos (primero oralmente y luego por escrito) que fueron incorporados en las exposiciones de motivos que acompañaron los proyectos”.¹⁵⁶ También declara haber llevado a cabo muchos “desayunos de trabajo” y reuniones informales con miembros del Congreso durante los procesos.¹⁵⁷

La Casa de la Mujer también organizó talleres en varias ciudades del país¹⁵⁸ con la intención de generar conciencia y apoyo a la iniciativa. Los talleres estaban orientados a grupos de 30 a 40 mujeres de organizaciones de base, y tenían como oradores a los jueces “progresistas” de la Corte Constitucional y a los senadores Piedad Córdoba y Parmenio Cuéllar (quien en algún momento estuvo a cargo del informe a la Comisión Primera del Senado).

La Red Nacional de Mujeres, coordinada por Profamilia, se involucró en el proceso en 1998.¹⁵⁹ En ese año organizaron talleres en Bogotá, Cali¹⁶⁰ y Cartagena y se reunieron formalmente con miembros del Congreso y de la prensa.¹⁶¹ En esta última reunión, circuló entre los participantes un documento¹⁶² explicando la importancia de la Ley. De acuerdo con Beatriz Quintero, “lograron que [los asesores de Emilio Mar-

¹⁵⁶ Entrevista telefónica con Olga Amparo Sánchez, coordinadora de desarrollo institucional de la Casa de la Mujer, realizada por Mónica Roa el 10 de abril, 2000.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ “[...] Entre 1997 y 1998 (no recuerda exactamente las fechas) se organizaron cinco talleres regionales acerca de las mujeres, la pobreza y la participación. Luego, en 1998, se realizó un taller nacional en el cual las experiencias de los talleres regionales fueron agrupadas en un documento preliminar que fue el borrador del Plan estratégico de iguales oportunidades para las mujeres”. *Ibid.*

¹⁵⁹ Comunicación de Beatriz Quintero, coordinadora de la Red Nacional de Mujeres a Isabel Jaramillo y Mónica Roa.

¹⁶⁰ El taller tuvo lugar el 11 de julio, 1998. Sólo fue suministrada la fecha del taller en la ciudad de Cali. *Ibid.*

¹⁶¹ El encuentro se realizó el 25 de septiembre, 1998. *Ibid.*

¹⁶² RED NACIONAL DE MUJERES, “Garantizando la participación política de las mujeres en Colombia”, 1998 (sin publicar, archivado por el autor).

tínez Rosales] utilizaran una parte importante del documento en sus informes”.¹⁶³

Es importante notar, sin embargo, que mientras que la senadora Morales y los sucesivos ponentes del proyecto estaban siendo contactados y persuadidos por el movimiento, la senadora Piedad Córdoba estaba trabajando en el Congreso por la aprobación de las leyes de violencia doméstica¹⁶⁴ y mayores sanciones para los crímenes de violencia sexual,¹⁶⁵ y en proyectos relacionados con la creación de un Ministerio para la Mujer,¹⁶⁶ el aborto¹⁶⁷ y el acoso sexual.¹⁶⁸ Dado el compromiso feminista de Córdoba y sus lazos cercanos con el movimiento, es razonable concluir que su agenda era más cercana a las aspiraciones del mismo. En particular, la idea de crear un Ministerio para la Mujer, como opuesta a la idea de conseguir cuotas para mujeres, parece más cercana a los intereses de las mujeres del movimiento. Por un lado porque, como será explicado luego, el movimiento no ha involucrado al tipo de mujeres de élite que muy probablemente obtendrían una posición vacante al introducirse la cuota. Por otro, porque el Ministerio para la Mujer directamente implicaría la apertura de cargos para mujeres con experiencia de género,

¹⁶³ Comunicación de Beatriz Quintero, *supra* nota 158.

¹⁶⁴ Ley 294 de 1996, publicada en el *Diario Oficial*, 22 de julio, 1996. En 1998, en un foro con mujeres activistas y funcionarios de la rama judicial en Cali, al cual asistió la autora, Córdoba explicó que la Ley fue aprobada porque se manejó de tal forma que tuvo que ser votada con la presencia de un número mínimo de congresistas, y porque se redujeron las garantías para los derechos de la mujer. En este sentido, ella recibió con satisfacción la decisión de la Corte Constitucional, que ordenó que el artículo sobre la violencia sexual marital fuera interpretado de la misma forma que el delito de acceso carnal violento, como está previsto en el Código Penal. Véase Sentencia C-270 de 1997, Corte Constitucional, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶⁵ Ley 360 de 1997, publicada en el *Diario Oficial*, 11 de febrero, 1997.

¹⁶⁶ Proyecto de Ley N° 54 de 1998-Senado, “De las mujeres”, *Gaceta del Congreso*, N° 150, agosto de 1998, pp. 29-33.

¹⁶⁷ Proyecto de Ley 194 de 1995-Senado, “Por la cual se expiden normas en materia de salud reproductiva”, *Gaceta del Congreso*, N° 40, 1995 (archivada en el memo 02 de 1997); Proyecto de Ley N° 43 de 1995-Senado, “Por la cual se promulgan normas de salud sexual y reproductiva”, *Gaceta del Congreso*, N° 225, 1995, *Gaceta del Congreso*, N° 110, 1996; Proyecto de Ley 179 de 1997, “Por la cual se expiden normas en materia de salud sexual y reproductiva”, *Gaceta del Congreso*, N° 40, 1997.

¹⁶⁸ Proyecto de Ley N° 55 de 1998-Senado, “Por la cual se expiden normas penales sobre el acoso sexual”, *Gaceta del Congreso*, N° 150, *supra* nota 165, pp. 33-36.

esto es, las mujeres del movimiento. La Ley de Cuotas, entonces, era un compromiso más que una prioridad para el movimiento.

Ahora bien, esta necesidad de transar, así como el tipo de estrategia desarrollada y la importancia que el movimiento le adjudicó a la Ley de Cuotas, son tanto el resultado de las deficiencias organizacionales como de las tendencias ideológicas del movimiento feminista en Colombia. La siguiente descripción sobre su evolución provee la base para comprender retrospectivamente las decisiones que fueron tomadas y los argumentos sobre la importancia que el movimiento le atribuyó a la Ley de Cuotas.

I. EL FEMINISMO Y EL MOVIMIENTO DE MUJERES EN COLOMBIA

El feminismo y la movilización de las mujeres en Colombia tienen una historia corta. A diferencia de otros países de la región, Colombia no tuvo “precursoras”¹⁶⁹ en el siglo XIX. Hasta 1931, a las mujeres colombianas no se les permitía recibir salarios,¹⁷⁰ a pesar de que muchas trabajaban en la industria textil y del tabaco.¹⁷¹ La institución de la “potestad

¹⁶⁹ Para las historias de las precursoras en Perú, Chile, Brasil, y Argentina, véanse FRANCISCA MILLER, *Latin American Women and the Search for Social Justice*, University Press of New England, Lebanon, 1991, pp. 14-34. Colombia, por supuesto, tuvo sus propias heroínas en la época de la conquista española y luego durante el siglo XIX y principios del XX; sin embargo, no hay un registro histórico en donde se diga que ellas lucharon por los derechos de las mujeres. Sobre este punto véanse EVELYN CHERPAK, “Las mujeres en la independencia”; BEATRIZ CASTRO CARVAJAL, “Policarpa Salavarrieta”; SANTIAGO SAMPER TRAINER, “Soledad Acosta de Samper”; y JORGE IVÁN MARÍN TABORDA, “María Cano”, en *Las mujeres en la historia de Colombia*, MAGDALA VELÁSQUEZ TORO *et al.*, Norma, Bogotá, 1995, pp. 83-172.

¹⁷⁰ La Ley 83 de 1931 autorizó a las mujeres a recibir su salario.

¹⁷¹ “En el comienzo del proceso de industrialización la fuerza laboral femenina se utilizó intensamente, principalmente en las fábricas de café, y en las industrias textil y tabacalera. Estas fábricas requerían de mano de obra barata y poco calificada. Luis Ospina Vásquez señala que en 1922, Coltejer pagó los salarios de los hombres de \$0.50 a \$2.70, mientras que las mujeres recibían salarios entre \$0.35 y \$0.80 [...]. En Tejidos de Bello, en 1916, de acuerdo con el reporte del Ministerio de Hacienda de la época, había 110 hombres y 400 mujeres trabajando. En 1912, la Compañía Colombiana de Tejidos [Coltejer] tenía 20 hombres y 200 mujeres como empleados, y en 1922, había 60 hombres y 240 mujeres”. VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 30. En 1938, las mujeres todavía eran mayoritarias en estas industrias: un 34.4% de la población económi-

marital¹⁷² no fue revocada sino en 1932,¹⁷³ y hasta esa fecha no se les permitía ir a la Universidad.¹⁷⁴ El derecho a votar fue concedido recién en 1954¹⁷⁵ y fue ejercido por primera vez en 1957.¹⁷⁶

A pesar de que las mujeres apoyaron todos estos cambios, ninguno fue el resultado de una gran movilización de mujeres. Más bien fue la labor de unas pocas, y de élite, con conexiones cercanas a los congresistas y presidentes,¹⁷⁷ la que logró romper las resistencias provenientes del *establecimiento*. El apoyo de los hombres, tanto de humanistas como de políticos interesados, también fue esencial.

Las condiciones sociales, políticas y culturales del país determinaron claramente los límites de cualquier tipo de mo-

camente productiva eran mujeres, y sólo un 10.9% eran hombres. CECILIA LÓPEZ DE RODRÍGUEZ y MAGDALENA LEÓN DE LEAL (eds.), *La mujer y el desarrollo en Colombia*, ACEP, Bogotá, 1977, p. 199. Un brillante recuento de las vidas de las mujeres en la industria textil de Medellín durante la primera mitad del siglo XX puede verse en LUZ GABRIELA ARANGO, *Mujer, religión e industria: Fabricato, 1923-1982*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989.

¹⁷² Para revisar una detallada descripción histórica de esta institución, véase FERNANDO VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, 2ª ed. corregida y aumentada por Luis-Ángel Arango, Imprenta París América, París, 1928, pp. 98-210. En los Estados Unidos, la institución homóloga de la cobertura marital fue abolida en la primera mitad del siglo XIX. Para un breve recuento del caso estadounidense, véase ISABEL MARCUS, "Reframing 'Domestic Violence': Terrorism in the Home", en *The Public Nature of Private Violence*, MARTHA ALBERTSON FINEMAN y ROXANNE MYKITIUK (eds.), Routledge, Nueva York, 1994, pp. 3-10.

¹⁷³ Ley 28 de 1932.

¹⁷⁴ A raíz de la turbulenta historia de las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica en Colombia, la educación fue privada y de un solo sexo, desde 1887. El currículo oficial para las mujeres era de tal forma, que el acceso de las mismas a la universidad era prácticamente imposible (salvo en la Universidad de Antioquia, que aceptaba mujeres para ser dentistas desde 1932 y la Universidad de Cartagena, que confirió un título de Maestría a una mujer norteamericana en 1925). Sólo en 1932, con la elección de un gobierno liberal, pudo establecerse un currículo igual para todos (Decretos Presidenciales N° 1874 de 1932 y N° 227 de 1933). VELÁSQUEZ, "Condición de la Mujer", *supra* nota 94, pp. 26-28.

¹⁷⁵ Acto Legislativo N° 3 de 1954, publicado en el *Diario Oficial*, 14 de septiembre, 1954, arts. 1, 3.

¹⁷⁶ El país estuvo en una dictadura militar desde 1953. La transición a la democracia fue decidida mediante un plebiscito en el año de 1957.

¹⁷⁷ Josefina Valencia, la hija del Presidente Guillermo León Valencia; Esmeralda Arboleda; Bertha Hernández de Ospina, esposa del Presidente Mariano Ospina Pérez; Magdalena Petty de Holguín; Nohemí de Greiff; María Currea, Ismenia de Mujica, entre otras. VELÁSQUEZ, "Derechos políticos", *supra* nota 94, pp. 26-37.

vilización. Hasta la década del 50, Colombia era un país mayoritariamente rural,¹⁷⁸ los niveles de analfabetismo eran muy altos¹⁷⁹ y los procesos de industrialización estaban recién comenzando.¹⁸⁰ Durante el siglo XIX el país pasó por varias guerras civiles, y el siglo XX se inauguró con una.¹⁸¹ El hecho de que las facciones anticlericales hubieran perdido las guerras, determinó el fortalecimiento de la Iglesia católica y su poder para definir las prácticas culturales.¹⁸² Como

¹⁷⁸ En 1958, la población rural comprendía el 54% del total de la población. En 1970, comprendía el 40%. JUAN FELIPE GAVIRIA, “La economía colombiana. 1958-1970”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, p. 169.

¹⁷⁹ De acuerdo con los censos de 1951, 1964 y 1969, el analfabetismo en la población masculina correspondió al 48%, 47% y 47% respectivamente; el de la población femenina equivalía al 52%, 53% y 53% respectivamente. En 1951, 8.773 hombres habían completado 5 años de educación universitaria y 11.297 habían completado 6 años de este tipo de educación, mientras que sólo 743 mujeres habían completado 5 años de educación universitaria, y 808 habían estudiado 6 años. En 1964, 20.653 hombres habían completado 5 años de educación universitaria y 22.791 habían estudiado durante 6 años en la universidad; mientras que sólo 2.237 mujeres completaron 5 años y 1.882 habían estudiado en un establecimiento universitario durante 6 años. HERNANDO OCHOA NÚÑEZ, “La mujer en el sistema educativo”, en *La mujer y el desarrollo en Colombia*, *supra* nota 170, pp. 87-88. Vale la pena anotar que, en general, el cubrimiento educativo en todos los niveles se incrementó dramáticamente entre 1954 y 1974: en 1954, el registro educativo en todos los niveles fue de 1.700.000 personas, y en 1974, fue de 5.000.000 de personas. El registro de la educación primaria se duplicó, aumentando de 1.493.128 a 3.844.128; el de educación secundaria aumentó de 192.079 a 1.338.876; y el de educación universitaria creció de 20.000 a 138.000. ALINE HELG, “La educación en Colombia, 1958-1980”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, p. 136.

¹⁸⁰ Entre 1946 y 1958, la industria creció un 163.3% y duplicó su producción. El aumento en la atención al sector industrial y a la agricultura se atribuye normalmente a la crisis generada por la guerra. JESÚS ANTONIO BEJARANO ÁVILA, “La economía colombiana entre 1946 y 1958”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, pp. 150-152. Véase también GAVIRIA, *supra* nota 177, pp. 167-188; y GUILLERMO PERRY, “La economía colombiana desde 1970 hasta nuestros días”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, pp. 189-212.

¹⁸¹ En el siglo XIX, además de las protestas y rebeliones locales, el país tuvo ocho guerras civiles: “la guerra de 1839-1841 conocida como la Guerra de los Conventos o Guerra de los Supremos; la guerra de 1851; la guerra de 1854; la guerra de 1859-1862; la guerra de 1876-1877; la guerra de 1884-1885; la guerra de 1895; y finalmente la de 1899-1902; esta última es conocida como la Guerra de los Mil Días”. ÁLVARO TIRADO MEJÍA, “El Estado y la política en el siglo XIX”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, p. 156. Puede verse también CARLOS EDUARDO JARAMILLO, “Antecedentes generales de la Guerra de los Mil Días”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, pp. 65-88; y CARLOS EDUARDO JARAMILLO, “La Guerra de los Mil Días, 1899-1902”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, pp. 89-112.

¹⁸² Véase *supra* el texto que acompaña la nota 28. Para ver un recuento de

demostración de este poder, es interesante citar la explicación que Velásquez Toro hace de la intervención de la Iglesia en la regulación de la moda femenina:

En 1930, la Iglesia católica promulgó un instructivo a todos los obispos del mundo, en relación con el vestido femenino [...]. En Colombia, el Obispo de Santa Rosa de Osos, Miguel Ángel Builes, había anticipado las orientaciones del Vaticano. Famoso por su beligerancia en la defensa de la fe católica y sus insidiosos ataques al liberalismo, la masonería y el comunismo —que eran los anuncios del caos de la humanidad— publicó, en 1927, una carta pastoral sobre el laicismo, en la que se refirió especialmente a la moda femenina. Aseguraba que las mujeres, obedeciendo a mandatos del infierno, estaban progresivamente, refinando el arte de “desvestirse elegantemente” [...]. Explicitamente, indicó la vestimenta que atacó tan ferozmente: “han decidido aparecer, ¡por la paz del cielo! vestidas como hombres y montando”.¹⁸³

Esta situación comenzó a cambiar en los setenta. Entre las condiciones que han sido identificadas como factores clave en la aparición del movimiento feminista y las movilizaciones de mujeres, se encuentran el aumento de las mujeres en la Universidad,¹⁸⁴ la entrada de mujeres al mercado laboral,¹⁸⁵ la política de control de natalidad adoptada por el Estado,¹⁸⁶ el regreso al país de mujeres que habían viajado a Europa y a Estados Unidos a realizar sus estudios de postgrado,¹⁸⁷ la influencia de

[...] la revolución estudiantil francesa de mayo de 1968, la lucha de los hombres y mujeres negros de los Estados Unidos por sus derechos civiles y políticos, las marchas pacifistas en contra de la guerra de Vietnam, que aquí [en Colombia] se tradujo en una lu-

cómo la Iglesia formó efectivamente las acciones privadas puede consultarse a MIGUEL ÁNGEL URREGO, *Sexualidad, matrimonio y familia en Bogotá, 1880-1930*, Ariel, Bogotá, 1997.

¹⁸³ VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 20.

¹⁸⁴ YOLANDA GONZÁLEZ, “Movimiento de mujeres en los años 60 y 70. La diferencia hombre-mujer: del equilibrio al conflicto”, en *Las mujeres en la historia de Colombia*, *supra* nota 168, p. 262.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ El autor en una nota al pie indica la relación entre la introducción de estas políticas y la fundación de la Alianza para el Progreso. *Ibid.*, p. 263, n. 4.

¹⁸⁷ OLGA AMPARO SÁNCHEZ, “El movimiento social de mujeres. La construcción de nuevos sujetos sociales”, en *Las mujeres en la historia de Colombia*, *supra* nota 168, p. 382.

cha antiimperialista, y en la incidencia del movimiento hippie contra el consumismo y por la paz.¹⁸⁸

Velásquez Toro menciona también la acentuación de la influencia del “pensamiento marxista francés, el socialismo, las ideas de liberación sexual y la movilización feminista”.¹⁸⁹

En los setenta, las ideas feministas circulaban en tres espacios: los partidos de izquierda y los sindicatos, las universidades públicas y privadas, y pequeños grupos feministas, entre los cuales había “grupos feministas radicales”. La doble militancia y el radicalismo eran los principales temas de debate de la década. Pero, mientras que el problema de la doble militancia era directamente asumido y discutido en los debates del movimiento que llevó a la configuración de un “Frente amplio de mujeres”, el radicalismo era “perseguido y socialmente castigado”.¹⁹⁰ Irónicamente, para el público, el feminismo todavía está ampliamente relacionado con estas mujeres radicales¹⁹¹ que “apoyaban abiertamente la libertad de elección sexual” (muchas eran lesbianas),¹⁹² y

[...] provocaban tanto a los de izquierda como a los de derecha con sus conductas irreverentes, su frescura al hablar en público sobre la intimidad femenina y su deseo incontenible de escandalizar a una sociedad tan casta: cultivaron la fealdad [...] y se quitaron los sostenes [...].¹⁹³

En 1991, las feministas colombianas dieron forma a la iniciativa de las feministas venezolanas y convocaron al Primer Encuentro del Movimiento Feminista de Latinoamérica y el Caribe.¹⁹⁴ Una vez más, los debates se centraron en el problema de la doble militancia y de la autonomía de los grupos feministas.¹⁹⁵ Como fue explicado anteriormente en

¹⁸⁸ VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 59.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ SÁNCHEZ, *supra* nota 186, p. 385.

¹⁹¹ MARÍA ISABEL RUEDA, “De mujer a mujer”, *Semana*, 12-19 de marzo, 2000 (María Isabel afirma que para creer en la igualdad femenina no se necesita ser ni “feminista ni tener bigote” aunque ambas cosas aparezcan relacionadas).

¹⁹² SÁNCHEZ, *supra* nota 186, p. 385.

¹⁹³ VELÁSQUEZ, “Condición de la mujer”, *supra* nota 94, p. 61.

¹⁹⁴ SÁNCHEZ, *supra* nota 186, p. 396.

¹⁹⁵ NANCY SÁPORTA STERNBACH, MARYSA NAVARRO ARANGUREN, PATRICIA CHUCHRYK y SONIA

relación con la conformación de una lista de movimientos de mujeres para la elección de miembros para la Asamblea Constituyente de 1991, la lealtad de las mujeres a sus partidos sigue siendo un problema para el movimiento.

Los años ochenta fueron testigos de la consolidación de algunos de esos grupos, particularmente de aquellos con afiliaciones a universidades y de los que lograron caracterizarse como ONG, obteniendo así fondos de la Cooperación Internacional para el Desarrollo;¹⁹⁶ así como de la desaparición de muchos otros. En esta época se crearon centros para la atención de la mujer, muchos de los cuales siguen funcionando, y bien: Casa de la Mujer, Centro de Atención y Recursos para la Mujer, Promujer, Vamos Mujer, Salud Mujer, Sí Mujer.¹⁹⁷ El debate de gran parte de la década estuvo centrado en decidir si los grupos que trabajaban con los sectores populares o con asociaciones de mujeres iban a ser considerados parte del movimiento. La cuestión del barómetro feminista, es decir, de cómo podía ser medida la conciencia “feminista” de un grupo, se hizo patente en los Encuentros del Movimiento Feminista Latinoamericano en 1983, 1985 y 1987.¹⁹⁸

Incluso si persisten tensiones en torno a la cuestión, las feministas colombianas han optado por no denominar al movimiento “feminista” sino “movimiento de mujeres”,¹⁹⁹ reconociendo la diversidad que contiene. El feminismo es considerado una tendencia más de las que prevalecen dentro del movimiento.²⁰⁰ De acuerdo con la descripción de Olga Amparo Sánchez,

La tendencia feminista orienta su acción y teoría a identificar, entender, investigar, denunciar y hacer visibles algunos de los

E. ÁLVAREZ, “Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo”, en *Mujeres y participación política*, *supra* nota 150, pp. 69-116.

¹⁹⁶ VILLARREAL MÉNDEZ, *supra* nota 150, p. 185.

¹⁹⁷ MAGDALA VELÁSQUEZ TORO, “La condición de las mujeres colombianas a fines del siglo XX”, en *Nueva historia de Colombia*, *supra* nota 94, p. 67.

¹⁹⁸ Véase SAPORTA STERNBACH *et al.*, *supra* nota 194, pp. 85-96.

¹⁹⁹ Véanse las descripciones realizadas por SÁNCHEZ, *supra* nota 186, y VILLARREAL MÉNDEZ, *supra* nota 152, pp. 188-192.

²⁰⁰ En una nota al pie Norma Villarreal explica: “Por movimiento de las mujeres se entienden los grupos y reivindicaciones específicas que los diferentes tipos de mujeres realizan por razones de género, clase, identidad étnica, convicciones religiosas, militancia política, problemática rural o urbana. De ahí que el feminismo haga parte del movimiento de las mujeres”. VILLARREAL MÉNDEZ, *supra* nota 150, p. 197, n. 19.

aspectos más críticos de la subordinación de la mujer en la esfera pública y en la privada.²⁰¹

La tendencia popular, por otro lado,

[...] orienta su acción a la satisfacción de demandas y necesidades que derivan del rol de la mujer como proveedora de servicios de salud y educación o de bienestar familiar y comunitario.²⁰²

Finalmente, en la tendencia de los partidos tradicionales y los sindicatos,

[Las mujeres] orientan sus acciones a conseguir una mayor participación en los espacios de poder formal y en la toma de decisiones, tanto en relación con la formulación como con la implementación de políticas nacionales y regionales.²⁰³

En los años noventa, tres fenómenos afectaron la configuración del movimiento de mujeres en Colombia: en primer lugar, se crearon diversas divisiones dentro de la burocracia del Estado para atender temas como el género y cuestiones de mujeres: una división para encargarse de las mujeres campesinas en el Ministerio de Agricultura; una división de salud reproductiva en el Ministerio de Salud; una unidad de género en el Ministerio de Medio ambiente; una división de planificación de género en el Departamento de Planeación Nacional, y una Consejería para la Mujer, la Juventud y la Familia, adscrita a la Presidencia, que fue reemplazada por la Dirección de Equidad para la Mujer.²⁰⁴

En segundo lugar, aumentaron los intercambios con el “movimiento feminista transnacional-internacional”, lo que forzó la creación de redes²⁰⁵ a través de las cuales mantener

²⁰¹ SÁNCHEZ, *supra* nota 186, p. 390.

²⁰² *Ibid.*, p. 391.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Véase a VELÁSQUEZ TORO, “La condición de las mujeres colombianas a fines del siglo XX”, *supra* nota 196, pp. 69-72.

²⁰⁵ A nivel nacional se encuentran la Red Nacional de Mujeres, Mujeres Autoras-Actoras de Paz, Educación Popular entre la Red de Mujeres (REPEM), Red Colombiana de derechos sexuales y reproductivos, la Red de mujeres y habitat, entre muchas otras. Hay también “capítulos colombianos” en las redes internacionales: Red internacional de salud de las mujeres, Comité latinoamericano para la defensa de los derechos de las mujeres (CLADEM), Red internacional de derechos reproductivos, la Red de mujeres sur-nor-te, entre otras.

diálogos internacionales. De hecho, como las conferencias mundiales se han hecho regulares y cada conferencia demanda informes y propuestas de cada país, los grupos que tradicionalmente trabajaban separados han tenido que aprender a circular información y a producir políticas juntos.

En tercer lugar, se creó un centro para Estudios de Género en la Universidad del Valle y se estableció un programa de estudios de género en la Universidad Nacional de Bogotá.

Los recursos que estos cambios han producido (cambios impulsados por mujeres) han sido diversamente capitalizados por los grupos dentro del movimiento, que a su vez ha provocado una particular distribución de poder entre ellos. La Casa de la Mujer, ha sido una de las grandes beneficiadas. El lugar privilegiado que ocupa dentro del movimiento no sólo se lo debe a sus habilidades para obtener fondos de la cooperación internacional y a su larga trayectoria (fue fundada en 1982), también ha obtenido visibilidad pública y ha aumentado sus recursos y campos de acción gracias a la designación de su directora como cabeza de la Dirección de Equidad para la Mujer.

Profamilia, un proveedor de salud reproductiva para mujeres, también se ha convertido en un actor central, siendo el núcleo de muchas redes de organizaciones que se ocupan de estos temas, gracias a su experiencia y al trabajo previo con organizaciones internacionales.

Muchas pequeñas ONG también se han beneficiado de la prevalencia de la estrategia de creación de redes asociada a la globalización del movimiento. Pasaron de ser grupos que atendían problemas locales y proveían servicios a la comunidad, a convertirse en expertos de la problemática femenina y en diseñadores de políticas públicas.

Las mujeres que trabajan en cuestiones de género en la Universidad Nacional, por otra parte, se han beneficiado de la institucionalización de sus intereses de investigación, transformándose en “expertas” con voz en los medios²⁰⁶ y en las instituciones del Estado.²⁰⁷ Hombres y mujeres del Centro

²⁰⁶ El grupo “Mujer y Sociedad” de la Universidad Nacional tiene una columna frecuente en el diario *El Tiempo*.

²⁰⁷ Como se mencionó anteriormente, Florence Thomas fue la “representante” del movimiento feminista convocada por la Corte Constitucional para defender la Ley de Cuotas.

de Estudios de Género en Cali no han podido producir el mismo impacto, tanto por los diversos problemas de funcionamiento que ha tenido que enfrentar la Universidad del Valle desde 1997, como por el carácter centralista del país.

Los grupos con más orientación cultural, por otro lado, se han hecho casi invisibles, cuando no se han extinguido. Las académicas feministas en otras universidades han estado, en su mayor parte, aisladas.²⁰⁸

A. Las mujeres en y con el movimiento

A pesar de que las mujeres que lideraron las tres tendencias identificadas por Olga Amparo Sánchez provienen de la clase media educada, la mayor parte de los actores dentro del movimiento de mujeres son mujeres de organizaciones populares, con poca educación y provenientes de clases socioeconómicas bajas. Las mujeres que constituyen la base y el objetivo del movimiento, también son mujeres de los sectores más pobres de la sociedad.

Todo esto es el resultado de la integración de la tendencia popular en el movimiento de mujeres, de la expansión de esta tendencia y de la creciente organización de los grupos pertenecientes a ella, pero también de la prevalencia del socialismo feminista dentro del movimiento. Como se ha explicado antes, los grupos más radicales fueron rápidamente demonizados y los grupos más orientados a la cultura han perdido visibilidad como consecuencia de su inestabilidad organizacional y de la manera como los recursos actualmente disponibles han sido distribuidos y capitalizados por las diferentes tendencias.

En un “manifiesto” suscrito por las ‘Mujeres Latinoamericanas y del Caribe’ el sustento ideológico para rechazar una mayor presencia de las mujeres de clase media y de élite, se presenta de la siguiente forma:

A pesar de que nos damos cuenta de nuestras limitaciones, todavía creemos que un movimiento de liberación real debe expresar

²⁰⁸ Por ejemplo, Suzy Bermúdez (Universidad de los Andes), Elsy Bonilla (Universidad de los Andes), Ana María Bidegain (Universidad Javeriana), Ligia Galvis (Universidad Javeriana), Anita Rico de Alonso (Universidad Javeriana), Patricia Londoño (Universidad Nacional en Medellín), entre otras.

los anhelos de la mayoría de las mujeres de Latinoamérica. Si va a ser así, debe ser un movimiento popular basado en la práctica revolucionaria.²⁰⁹

Y más explícitamente:

Como expresión general, el término 'ama de casa' cubre una variada gama de situaciones, desde la de la inactiva señora burguesa, ama de una casa llena de sirvientes, a la de la mujer que vive en una villa de emergencia y generalmente está desempleada [...]. El término es más aplicable a la 'ama de casa' que pertenece a uno de los varios estratos de la pequeña burguesía. Sus condiciones particulares usualmente la hacen resistente al cambio y receptiva a los valores de la ideología dominante [...]. Sin embargo, todo esto sólo puede ser llevado adelante por los grupos de mujeres ya bien enraizados en la comunidad, y esto en sí mismo no es, bajo ningún punto de vista, usual en Latinoamérica y el Caribe.²¹⁰

Y se incluyen más críticas a los intentos de movilización realizados por las mujeres burguesas:

Las mujeres pequeño burguesas han establecido sus propios grupos para defender sus intereses. Los movimientos europeos y norteamericanos de mujeres están creciendo [...]. De la naturaleza a lo sumo reformista de estos 'movimientos' oficiales no se puede esperar resolver los problemas de los explotados, especialmente aquellos de las mujeres oprimidas.²¹¹

Y finalmente, el programa es explícito:

En la lucha por la liberación económica y cultural de sus países, las mujeres también deben ganar posiciones desde las cuales puedan promover su propia liberación.²¹²

Incluso si no se puede asumir que ésta es la posición de todos los grupos del movimiento, es ciertamente representativa de los pocos esfuerzos que se han hecho por movilizar mujeres de clase media y alta. La urgencia de invertir mayores esfuerzos en elevar la conciencia de estos grupos se ha hecho cada vez más presente, hasta el punto de que incluso Socorro

²⁰⁹ THE LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN WOMEN'S COLLECTIVE, *Slaves of Slaves: The Challenge of Latin American Women*, Zed Press, Londres, 1980, p. 16.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 45.

²¹² *Ibid.*, p. 17.

Ramírez, la más prominente y respetada feminista socialista, lo ha señalado.²¹³ Como será explicado en la siguiente sección, la posibilidad de capitalizar las oportunidades que la Ley de Cuotas crea, depende claramente de la voluntad del movimiento para involucrar a este grupo de mujeres, y de la inteligencia de la estrategia a la luz de sus deficiencias.

B. La importancia atribuida a la Ley de Cuotas

La importancia que los grupos dentro del movimiento le asignan a la promulgación de la Ley de Cuotas puede deducirse de los argumentos incluidos en las exposiciones de motivos e informes mencionados;²¹⁴ del documento entregado por la Red Nacional de Mujeres a miembros del Congreso y a la prensa; y de las características del movimiento y su modo de operación.

En el resumen presentado por la senadora Morales, los argumentos a favor de la Ley pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- En Colombia, las mujeres están sub-representadas en las tres ramas del poder público, según los datos para 1991 y 1993.²¹⁵ La baja representación de las mujeres en la rama ejecutiva y en la legislativa es un problema que las mujeres han enfrentado en todo el mundo, de acuerdo con los datos reunidos por Naciones Unidas.
- A pesar de que el ideal de una participación justa e igualitaria sería llegar a un 50% de representación para los miembros de cada sexo en los altos niveles de toma de decisión, se recomienda procurar una modificación gradual para llegar, al menos, a una participación inicial del 30%, que es un porcentaje actualmente

²¹³ SOCORRO RAMÍREZ, “¿Qué impide la participación política de las mujeres?”, *FEMPRESS*, vol. 151, 1994, p. 10.

²¹⁴ A pesar de que las mujeres que hicieron lobby ante el Congreso no fueron lo suficientemente claras en este punto, a partir de las fechas de los documentos es fácil concluir que Casa de la Mujer intervino directamente en la elaboración del proyecto de Ley inicial y de su exposición de motivos, y que la Red Nacional de Mujeres intervino en el último intento que se realizó para que la Ley fuera aprobada, afectando la información dada por los miembros del Congreso. Desafortunadamente, Casa de la Mujer no pudo suministrar una copia de los documentos que ellos presentaron. Por esta razón, la justificación presentada por Morales y la información de los miembros del Congreso toma mayor importancia.

²¹⁵ *Gaceta del Congreso*, N° 159, *supra* nota 2, pp. 5-6.

considerado significativo, incluso entre los países que han hecho los mayores avances en este tema. Representa un objetivo intermedio de representación femenina por el cual es posible conseguir aquel nivel que las Naciones Unidas han llamado “masa crítica”, en el cual las mujeres pueden introducir una diferencia significativa en el estilo de toma de decisiones que prevalece en las instituciones públicas.²¹⁶

- La Constitución colombiana establece la “igualdad y participación sin discriminación” de las mujeres.²¹⁷ Busca “ampliar los espacios de participación política, social y económica de las mujeres [...] con el entendimiento de que ésta es la manera de construir un verdadero Estado Social de Derecho y una sociedad democrática y pluralista”.²¹⁸ El “ejercicio completo de la ciudadanía [de las mujeres] sólo es posible si se abren espacios y oportunidades para ellas, para que no sólo sean declaradas como iguales, sino que se sientan iguales y sean parte de lo institucional, de espacios de poder [...]”.²¹⁹

- Colombia, como una de las naciones que hicieron parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “está obligada a adoptar medidas especiales de carácter temporal, orientadas a la aceleración de la igualdad de factores entre hombres y mujeres”.²²⁰

- La recomendación VI, adoptada por la Conferencia Mundial para el análisis y evaluación de los Logros de la Década para la Mujer, establece que “es necesario incrementar la proporción de mujeres en puestos de dirección y comando a no menos del 30%, objetivo que fue propuesto para 1995 [...]”.²²¹

- Los sistemas de cuotas implementados en Suecia, Dinamarca, Francia, Noruega y Finlandia han resultado en abruptos aumentos de la participación de la mujer en cuerpos representativos. Estas leyes son hitos en el progreso de las mujeres y de la civilización en su conjunto.²²² Argentina ha adoptado recientemente una Ley de Cuotas para mujeres que establece un mínimo de 30% de participación, y Uruguay, México y Paraguay están considerando adoptar leyes similares.²²³

Estos argumentos, con mayor o menor énfasis en los aspectos internacionales y comparativos, se repiten en los infor-

²¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

mes. En el informe de Emilio Martínez Rosales se incluye un conjunto adicional de argumentos que justifica el mecanismo de cuotas en particular. En respuesta a las objeciones anticipadas (no hay claridad en cuanto a quién impulsaría las objeciones) a las cuotas, el informe establece que el mecanismo de cuotas no discrimina a los hombres; que es un instrumento para corregir las inequidades existentes en el sistema;²²⁴ que la experiencia de otros países muestra que el sistema de cuotas ha resultado en la elección de las personas más capaces;²²⁵ que aunque las mujeres tienen el entrenamiento para acceder a los cargos, sólo son designadas en pocos casos;²²⁶ que las cuotas no son privilegios para las mujeres sino mecanismos para asegurar su igualdad de oportunidades;²²⁷ que los mecanismos de cuotas no van a tener que ser usados necesariamente para dar *empoderamiento* a ‘otros’ grupos o sectores minoritarios porque “las mujeres no son ni un sector ni una minoría. Las mujeres son la mitad de la población mundial y están presentes en todos los sectores [...]”.²²⁸

Por su parte, el documento entregado por la Red Nacional de Mujeres comienza con una explicación de la relación entre las mujeres y el desarrollo. Esta primera sección concluye con la siguiente afirmación:

Al Estado, como garante del desarrollo completo e igualitario de todas las personas, le corresponde la implementación de políticas que finalmente constituyan acciones positivas para subvertir la dirección de sus intervenciones con el propósito de lograr iguales derechos y oportunidades para hombres y mujeres.²²⁹

En la siguiente sección, la participación en la toma de decisiones es construida como parte de la ciudadanía completa:

El concepto de ciudadanía como una realidad “literal” [...] implica cuestionar cuáles son los conflictos ligados al ejercicio de poder,

²²⁴ *Gaceta del Congreso*, N° 12, *supra* nota 81, p. 11.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ RED NACIONAL DE MUJERES, *supra* nota 161, p 8.

quiénes están autorizados a hablar, qué pueden decir, qué es considerado un problema común y cuál es la forma de resolverlo.²³⁰

El documento se adentra luego en la justificación de las medidas introducidas por la Ley de Cuotas, presentando datos que muestran la exclusión de las mujeres de los cargos de máximo nivel decisorio en el ámbito mundial y nacional. Las medidas, así como las exposiciones de motivos e informes, también son validadas invocando normas internacionales y las experiencias positivas de otros países.²³¹ Finalmente, se cita el hecho de que la Constitución garantiza el derecho a participar en la administración pública.²³²

La justificación de la Ley opera en dos niveles: el de la justicia y el de la eficacia. En el campo de lo normativo, a su vez, se avanzan dos tipos de argumentos. Por un lado, hay argumentos deontológicos, de acuerdo con los cuales las mujeres deberían asumir una porción de los cargos públicos que refleje su peso demográfico en el total de la población. Por el otro, hay argumentos instrumentales, de acuerdo con los cuales la presencia de las mujeres en la administración pública no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar otros cambios en la sociedad, tales como la transformación del estilo de toma de decisiones dentro de las estructuras democráticas y la representación de los intereses de las mujeres.²³³ El punto de la ‘masa crítica’ adquiere toda su relevancia en los argumentos instrumentales. La certeza respecto de la eficacia de la Ley, su potencial para alcanzar estos objetivos, se basa en comparaciones con otros países y en la autoridad que se atribuye a las Naciones Unidas y a

²³⁰ *Ibid.*, p. 9.

²³¹ *Ibid.*, pp. 14-20.

²³² *Ibid.*, pp. 22-23.

²³³ El documento de la Red Nacional de Mujeres afirma en este sentido que: “incorporar a las mujeres en la esfera pública utilizando acciones positivas significa construir una nueva forma de hacer política, una forma en la cual los intereses del 100% de la población se encuentren representados”. *Ibid.*, p. 12. El amplio énfasis que se pone en la justicia, por oposición a las transformaciones que traería consigo la Ley, parece una estrategia racional que aclara las bases jurídicas del proyecto y que pudo ser utilizada para obligar a los miembros del Congreso a aprobar la Ley. Un énfasis sobre el “rol de la justicia” por oposición al “rol del cambio” ha sido señalado también para el caso del movimiento feminista en los Estados Unidos. Sobre este punto puede verse a GELB y PALLEY, *supra* nota 152, p. 9.

los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente colombiana (si eligieron este mecanismo, debe funcionar).

Es interesante observar, sin embargo, que quienes hicieron cabildeo para lograr la aprobación de la Ley de Cuotas pensaron que la Ley iba a “funcionar” sin la movilización previa de las mujeres que serían designadas para los cargos que la cuota abriría. Como se ha explicado anteriormente, la estrategia del movimiento involucraba a algunas mujeres de los sectores populares, pero estaba principalmente orientada a los miembros del Congreso. Como también ha sido explicado, el movimiento no había hecho esfuerzos por tratar de atraer a las mujeres de las clases media y alta.

Algunas interpretaciones concurrentes de sus acciones y argumentos vienen a la mente cuando se intenta resolver este rompecabezas. Se podría decir, primero, que simplemente no pensaron en ello, lo cual no sería una actitud extraña dentro de nuestra cultura legal, tan proclive a atribuir poderes mágicos a la Ley.²³⁴ También se podría decir que no reflexionaron sobre el punto y que adoptaron, sin actitud crítica, las conclusiones de las Naciones Unidas sobre el tema. Como fue mencionado, los cambios en la esfera internacional han afectado profundamente la distribución de poder dentro del movimiento. Los grupos más poderosos, y también los más organizados y activos, son grupos que participan directamente en conferencias y redes internacionales (Casa de la Mujer y Profamilia). Estos grupos también fueron los que hicieron el cabildeo por la Ley. La influencia de las ideas desarrolladas en estas conferencias y sus resultados se evidencian, nuevamente, en las exposiciones de motivos e informes; basta comparar los argumentos presentados en ellos con los que se incluyen en el estudio de las mujeres en la política y en la toma de decisiones elaborado por el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas²³⁵ para descubrir que son casi los mismos.

Pero, por otra parte, la importancia de la movilización de las mujeres de clase media y de la élite tiene que ver con los

²³⁴ Sobre la eficacia simbólica del Derecho en Colombia, véase GARCÍA VILLEGAS, *supra* nota 31.

²³⁵ Véase UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8, especialmente capítulo 1: “La participación como un derecho legal, pp. 1-8.

objetivos que se están persiguiendo. Si la cuestión versa sobre la participación igualitaria, la idea parece ser que no importa qué mujeres obtienen los cargos ni qué ideas tienen. Si, por otra parte, los cargos tienen un valor instrumental, idea que se corresponde con el argumento de la masa crítica, entonces se hace relevante qué tipo de mujer los obtiene: “una de nosotras” o “una de ellas”; si no es “una de nosotras”, ¿para qué se necesita la masa crítica? Y si no es “una de nosotras”, ¿cómo va a suceder el cambio en la burocracia y en la representación?

En este sentido se podría afirmar que las feministas que presionaron por la Ley pensaron que ellas podrían obtener alguno de los cargos que ésta abriría. En este contexto, la reivindicación de la experticia en cuestiones de género, que han hecho recientemente, cobra más sentido.²³⁶ El hecho de que al mismo tiempo estaba en curso en el Congreso una ley proponiendo la creación de un Ministerio para la Mujer refuerza este argumento. El compromiso representado por la Ley de Cuotas también se hace evidente.

TERCERA PARTE: LOS EFECTOS DISTRIBUTIVOS DE LA LEY DE CUOTAS Y SU POTENCIAL PARA TRANSFORMAR LA ESTRUCTURA DE GÉNERO

Hasta este punto, el análisis se ha centrado en los intereses y restricciones de los dos grupos que intervinieron más activamente en la aprobación de la Ley de Cuotas, es decir, los miembros del Congreso y las mujeres del movimiento de mujeres. Se ha mostrado a los miembros del Congreso interesados en extender sus maquinarias burocráticas y en acrecentar la legitimidad del Congreso dentro de la comunidad

²³⁶ En su columna en *El Tiempo* Florence Thomas, regañando a Fanny Kertzman, afirma: “Doctora Kertzman, yo trato de no dar opiniones acerca de las aduanas y la situación de las finanzas públicas porque sé que usted es la experta. De lo que sé es de mujeres y de la perspectiva de género, porque ése ha sido mi campo de trabajo en los últimos veinte años”. FLORENCE THOMAS, “¿No hay discriminación? ¡No!, doctora Fanny Kertzman”, *El Tiempo*, 22 de marzo, 2000. Sobre la tecnocracia de género puede verse en América Latina a SONIA ÁLVAREZ, “Latin American Feminisms ‘Go Global’: Trends of the 1990s and Challenges for the New Millennium”, en *Cultures of Politics, Politics of Cultures*, SONIA ÁLVAREZ, EVELINA DAGNINO y ARTURO ESCOBAR (eds.), Westview Press, Boulder, 1998, p. 294.

internacional, y limitados por el Derecho internacional y constitucional. Las mujeres del movimiento de mujeres, a su vez, fueron presentadas como interesadas en aumentar la participación de la mujer en la administración pública, en ser designadas para cargos de toma de decisiones para poder conseguir algunos de los cambios deseados, y limitadas por sus deficiencias organizacionales.

También se le ha atribuido a cada uno de estos grupos cierta idea de los cambios que la Ley traería. Se argumentó que la percepción de los miembros del Congreso era que nada cambiaría “realmente”, mientras que para las mujeres del movimiento se mejoraría significativamente la condición de la mujer en la sociedad, ya fuera porque la Ley aseguraría mayor igualdad en términos de participación en la administración pública, o porque tener mujeres en cargos de toma de decisión garantizaría la consecución de otros objetivos.

El propósito de este capítulo es elucidar cuáles serán las consecuencias distributivas de la Ley y cuál su potencial como herramienta de transformación de la estructura de género de la sociedad colombiana. Esto se hará a la luz de las especificidades contextuales que evidencia el estudio de su proceso de promulgación.

I. LA LUCHA POR LOS CARGOS

En el debate público generado por la Ley, algunos comentaristas expresaron su preocupación frente a quiénes serían las mujeres que irían a ocupar los cargos que la Ley pondría a disposición. En su opinión, los cargos serían para mujeres que hubieran participado en la campaña presidencial o que fueran parte del partido del presidente Pastrana o de alguno de los partidos que se habían aliado con él. Francisco Cajiao, por ejemplo, en una columna titulada “Una competencia limpia”, publicada una semana después del “día de la mujer”, declaró que él “preferiría estar celebrando por las mujeres colombianas” pero que sólo lo podía hacer por las mujeres de la élite “sean *pastranistas* [del partido del Presidente] o *lentejas* [liberales que se han alineado con el Presidente]”.²³⁷

²³⁷ FRANCISCO CAJIAO, “Una competencia limpia”, *El Tiempo*, 14 de marzo, 2000.

Hernando Gómez Buendía, por su parte, en una columna titulada “El uso de la razón”, publicada en el mismo periódico y el mismo día, afirmaba:

Las mujeres están festejando, especialmente si son *pastranistas o lentejas*: en unos días, tendrán 5 Ministerios, y un tercio de los mejores puestos públicos [...].²³⁸

Pero si bien la decisión final acerca de los nombramientos le corresponde tomarla al Presidente, incluidos los cargos más altos de los gobiernos locales (que parecen haber sido olvidados por los comentaristas), lo que éstas opiniones pasan por alto es que la promulgación de la Ley necesitó de la movilización de intereses y que los grupos que lo hicieron están lo suficientemente organizados como para ejercer presión en la fase de implementación.

Tal como ha sido señalado, los miembros del Congreso tenían un interés en la designación de mujeres que se ajustaran a sus maquinarias burocráticas. El Presidente, frente a la necesidad de conseguir que el Congreso aprobara algunas reformas, y dada la dinámica de su relación con el mismo, probablemente tendría que rendirse ante algunas de las demandas de sus miembros. El interés del Presidente en la obtención de reconocimiento podía, además, ser utilizado por los miembros del Congreso para exigirle públicamente que cumpliera la Ley, aumentando su vulnerabilidad.

Las negociaciones serían duras. El Presidente no podía darse el lujo de tener muchos ministros simbólicos y los miembros del Congreso no podían echar por la borda los efectos legitimadores de la Ley (a escala nacional e internacional), presionando por la designación de mujeres que claramente no estaban calificadas o estaban demasiado involucradas en la política (hay que recordar que la “honestidad” es un tema fundamental aquí, y la honestidad que se les adjudica a las mujeres, particularmente a las mujeres que no están involucradas en política partidaria) para los cargos más visibles, aunque éstos fueran los más valiosos.

Para los congresistas, la estrategia racional, o la estrategia esperada, era la de presionar por los ministerios menos

²³⁸ HERNANDO GÓMEZ BUENDÍA, “El uso de la razón”, *El Tiempo*, 14 de marzo, 2000.

importantes para el avance del plan de acción de Pastrana,²³⁹ tales como el Ministerio de Educación, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (que ya estaba ocupado por una mujer). Otros cargos de toma de decisión menos visibles podrían ser más fácilmente negociables, tales como la Superintendencia de Cooperativas, la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o la Superintendencia de Servicios Públicos, entre otros.

También puede esperarse que las mujeres del movimiento traten de ser tenidas en cuenta cuando se hagan las designaciones. Su escasa relevancia política y su débil organización irán en detrimento de esta aspiración, pero su posibilidad de alegar experticia en temas de género o de “mujeres”, estará a su favor. Como se ha dicho, la Ley es percibida como parte de una estrategia de legitimación frente a la comunidad internacional. El discurso de legitimación-legalidad-civilización, que funciona para el caso de los miembros del Congreso, tiene una influencia todavía más importante sobre el Presidente, quien no sólo ha hecho enormes esfuerzos por “limpiar” la imagen de Colombia ante la comunidad internacional y particularmente ante los Estados Unidos,²⁴⁰ sino que también está contando con la “ayuda” de la comunidad internacional para llevar adelante negociaciones de paz con los grupos guerrilleros. La experticia también es funcional para la imagen tecnocrática que el Presidente desea establecer, de modo tal que pueda proclamar que su modo de operación no es clientelista.

Sin embargo, es difícil ver la relevancia de la experticia en cuestiones de “mujeres” o de género para los cargos que están en juego, con la excepción, tal vez, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Por lo que, además del conocimiento de género, las candidatas del movimiento de mujeres deberán demostrar experticia en alguno de los campos relevantes. En vista de que los grupos más poderosos son aquellos que trabajan en temas de salud reproductiva (Casa de la Mujer

²³⁹ Véase PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002: Cambio para construir la paz*, 1998.

²⁴⁰ Véase TOKATLIÁN, *supra* nota 92, p. 253 (especialmente en lo que se refiere al éxito del Presidente Pastrana en superar las tensiones con la administración Clinton generadas por el “proceso 8000”).

y Profamilia), es probable que se consideren cargos relacionados con la administración de la salud. La experticia de algunas académicas dentro del movimiento (de la Universidad Nacional)²⁴¹ en temas de desarrollo, también puede llevar a presionar por cargos relacionados con el desarrollo o la economía. La idea generalizada de que los “problemas de género” deben ser resueltos a través de la educación,²⁴² también puede ser capitalizada para negociar el Ministerio de Educación.

En los niveles locales (municipios y departamentos) el análisis se hace todavía más complejo. La influencia de los miembros del Congreso variará de acuerdo con las conexiones de los jefes locales en el gobierno local; si el gobernador o alcalde es parte de la maquinaria, los cargos pueden ser distribuidos para satisfacer las demandas de los clientes. La influencia del movimiento de mujeres, por su parte, dependerá del nivel de organización de los grupos en la ciudad o el Estado. En muchas grandes ciudades esta influencia es importante. Por ejemplo, en Cali, Pereira y Bogotá; en otras, como Medellín, Barranquilla o Bucaramanga, no parece ser muy fuerte. El tipo de votos que haya logrado el funcionario elegido jugará un rol importante. Sería razonable esperar que los alcaldes y gobernadores que obtuvieron votos de opinión en las elecciones y no aspiraron a construir redes clientelares sean más proclives a entender las demandas de los grupos del movimiento de mujeres o estén dispuestos a encontrar mujeres que “merezcan” los cargos. Lo contrario puede esperarse de los funcionarios que hayan sido elegidos a través de redes clientelares.

²⁴¹ Magdalena León de Leal y Cecilia López han sido las autoridades reconocidas en los asuntos de “género y desarrollo” en Colombia, por lo menos desde 1977.

²⁴² Véase APULEYO MENDOZA, *supra* nota 80, y THOMAS, “Cuentos para niños y niñas del siglo XXI”, *El Tiempo*, 5 de abril, 2000. Vale la pena mencionar en este punto que la Ley de Cuotas estableció que debía expedirse un Plan nacional para la promoción y estímulo de la mujer, que debe abogar por la “educación de los colombianos en la igualdad de los sexos y en la promoción de los valores de la mujer”. Ley de Cuotas, *supra* nota 2, art. 10, lit. a. El párrafo de este artículo ordena la adopción de “medidas orientadas a mejorar la calidad de la educación, mediante contenidos y prácticas no sexistas, que promuevan la formación de hombres y mujeres para compartir tareas de hogar y crianza; así mismo, se dará especial atención a los programas de alfabetización dirigidos a la población femenina”.

En suma, las decisiones sobre quién va a ocupar los cargos que la Ley abre para las mujeres dependen finalmente del Presidente y de las autoridades locales, y puede esperarse que éstos designen a mujeres involucradas en las campañas electorales y a miembros de sus partidos. Los miembros del Congreso y las mujeres del movimiento de mujeres, por su parte, lucharán por conseguir estos cargos y satisfacer así sus propios intereses. Debido a la motivación clientelista de los congresistas, y también por el interés en legitimar sus mandatos, probablemente presionarán por cargos de máximo nivel decisorio que no sean muy visibles. Debido a las múltiples debilidades del movimiento de mujeres, éstas deberán competir por cargos en los cuales su “experticia de género” pueda ser directamente relevante. Ambos grupos, entonces, se movilizarán para obtener los cargos menos centrales entre los que estarán disponibles.

II. TRANSPARENCIA, MÉRITO Y GOBERNABILIDAD

El análisis previo revela que las mujeres que se van a beneficiar directamente con la Ley son mujeres que han estado involucradas en política o en el movimiento de mujeres o que, debido a su condición social, son cercanas al Presidente, a las autoridades locales o a los miembros del Congreso. Se pueden plantear dos objeciones a este resultado. La primera es que la Ley reproduce una visión “patrimonialista” del servicio público; asume que un “puesto es un premio”²⁴³ en vez de promover una “cultura de transparencia”.²⁴⁴ La segunda objeción es que el poder del Presidente y de las autoridades locales para gobernar efectivamente se verá reducido por la restricción impuesta sobre su libertad de designar a sus colaboradores más cercanos.

Si bien a primera vista estas objeciones parecen ser contradictorias, ya que se argumenta que quienes hacen los nombramientos no serán libres de elegir a quien quieran y al mismo tiempo que sí podrán hacerlo, la contradicción desaparece en los discursos cuando enfatizan que las mujeres deberían obtener los cargos por mérito propio y no por ley. Francisco Cajiao afirma en este sentido que

²⁴³ CAJIAO, *supra* nota 236.

²⁴⁴ GÓMEZ BUENDÍA, *supra* nota 237.

[...] no comparte la idea de que los grandes pasos que todavía se tienen que tomar para conseguir la requerida y deseada igualdad sean logrados a través de cuotas legales de distribución por género. Para mí, ésta es una promoción de segunda clase.²⁴⁵

Plinio Apuleyo Mendoza, en su columna en *Semana*, declara, en el mismo sentido, que “las cuotas impuestas como obligación legal pueden ser regalos pero no verdaderos logros”.²⁴⁶

Es extraño enfatizar el mérito ya que los cargos a los cuales se refiere la Ley no son estrictamente tecnocráticos. Es precisamente por eso que son de libre nombramiento y remoción. La idea que está detrás de la libertad de nombramiento es garantizar para quien lo hace su habilidad de gobernar, y esto implica recurrir a personas cercanas en términos ideológicos. Más aún, al decir que los cargos son “regalos” para las mujeres, pasan por alto el hecho de que también lo son para los hombres y que, incluso si la promulgación de la Ley fue motivada por las ventajas que los miembros del Congreso podrían obtener de ella, la participación del movimiento de mujeres fue crucial para que fuera aprobada.

Ahora bien, las objeciones también podrían ser leídas como una afirmación de que la igualdad de oportunidades ya está garantizada en la distribución de los cargos en cuestión y que las mujeres no los ocupan porque no tienen el mérito o el tiempo suficiente en la actividad política.

Las dificultades en la selección de las personas aptas para estos cargos son evidentes en el siguiente cuadro: si asumimos que para ser designada para estos cargos, una persona debería tener una experiencia en el campo de, al menos, 15 años, los datos relevantes serían los de los años anteriores a 1985. Si además asumimos que una persona con más de 65 años no debería ser considerada,²⁴⁷ los datos se restringen

²⁴⁵ CAJIAO, *supra* nota 236.

²⁴⁶ APULEYO MENDOZA, *supra* nota 80.

²⁴⁷ El artículo 31 del Decreto Legislativo 2400 de 1968 establece que todo el personal civil de la rama ejecutiva debe ser removido de su puesto a la edad de 65 años. La Corte Constitucional encontró que esta restricción a la libertad de trabajo es proporcional y se encuentra legitimada a la luz del objetivo que se pretende alcanzar, por ejemplo, la igual oportunidad de acceso a los cargos públicos. Véase Sentencia C-563 de 1997, Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

al período 1960-1985. Finalmente, de la revisión de las hojas de vida de los ministros del año 2000 se puede concluir que aunque existe un requerimiento legal en cuanto al número de años de educación que una persona debe tener para ser nombrada,²⁴⁸ es necesario tener por lo menos un título profesional. Estas hojas de vida indican que las carreras más favorecidas son Derecho (11), Ingeniería industrial (2), Medicina (1) y Contaduría (1).

De acuerdo con los datos disponibles, en 1965 se graduaron en la universidad 2784 hombres y 915 mujeres; las mujeres representaban un 24,7% de todos los graduados.²⁴⁹ Para 1974 y 1986, se presentan los siguientes datos desagregados de la inscripción en programas universitarios:

**Composición por sexo de la población registrada en programas
universitarios y distribución de alumnos por campo de
conocimiento: 1974, 1986²⁵⁰**

Campo	1974		1986	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Total	64,8 %	35,2 %	51,3 %	48,7 %
Agricultura	93,5 %	6,5 %	73,4 %	26,6 %
Arte	57,2 %	42,8 %	39,2 %	41,8 %
Educación	45,1 %	54,9 %	31,3 %	68,7 %
Ciencias de la salud	51,8 %	49,2 %	40,7 %	69,3 %
Ciencias sociales y derecho	64,5 %	36,5 %	42,0 %	58,0 %
Economía, administración y contabilidad	72,3 %	27,7 %	48,9 %	51,1 %
Ingeniería y arquitectura	89,2 %	10,8 %	43,7 %	56,3 %
Matemáticas y ciencias exactas	46,1 %	53,9 %	62,2 %	31,8 %

²⁴⁸ Para ser ministro(a) o jefe(a) de departamento administrativo, la persona sólo necesita ser ciudadana en ejercicio de sus derechos y tener más de 25 años al momento de su posesión. *Constitución Política*, *supra* nota 7, arts. 207, 177.

²⁴⁹ VELÁSQUEZ, "Condición de la mujer", *supra* nota 94, p. 32.

²⁵⁰ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DIVISIÓN DE INDICADORES Y ORIENTACIÓN DEL GASTO SOCIAL, *Boletín N° 18*, p. 18 (manuscrito sin publicar; archivado en el DNP).

En la siguiente tabla se provee información específica para Derecho, Ingeniería industrial, Medicina, Contabilidad y Economía en 1985:

Porcentaje de mujeres registradas en cada programa: 1985²⁵¹

Derecho	Contabilidad	Medicina	Ingeniería industrial	Economía
45,8%	50,1%	28,3%	31,2%	41,1%

Lo que estas cifras muestran es que tomando la educación como un elemento para delimitar el grupo de posibles candidatos, es evidente que al menos un 30% serían mujeres. Cifras más exactas podrían ser obtenidas para 1986 ponderando el porcentaje de la participación femenina en la inscripción, por los programas de grado del año, dando cuenta de la importancia de la inscripción en estas carreras respecto de la inscripción total. De acuerdo con las estadísticas proporcionadas por el DNP,²⁵² en 1986 la inscripción en ciencias de la salud fue de un 9,8% del total, la inscripción en ciencias sociales representó un 11,2% del total y en ingeniería y arquitectura representó un 26,2%. El promedio de participación de las mujeres en la inscripción para los programas profesionales fue del 43,74%. Pero estos datos aún no son suficientes para predecir cuántos hombres y mujeres tienen al menos 15 años de experiencia en las áreas en las que siguieron sus estudios. Nuevamente, la información disponible es muy precaria, pero las siguientes estadísticas sobre niveles de ocupación de individuos con título universitario entre 1982-1997 proveen una ilustración de los patrones de carrera:

²⁵¹ FRANCISCO PÉREZ, “Género y Educación”, en *Género, equidad y desarrollo*, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (ed.), Tercer Mundo, Bogotá, 1998, p. 256.

²⁵² DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *supra* nota 249, p. 18.

**Tasas de ocupación en siete áreas metropolitanas según niveles
educacionales y sexo²⁵³**

Año	Hombres	Mujeres
1982	91,41%	74,91%
1983	89,82%	73,00%
1984	89,96%	73,54%
1985	90,51%	76,81%
1986	88,51%	76,59%
1987	89,27%	76,63%
1988	90,68%	77,95%
1989	90,28%	78,02%
1990	91,31%	79,88%
1991	91,49%	79,74%
1992	90,57%	79,66%
1993	89,90%	79,67%
1994	89,93%	78,96%
1995	89,61%	78,48%
1996	88,20%	75,94%
1997	86,12%	74,66%

En promedio, en este período de 16 años, el 89,97% de hombres y el 77,15% de mujeres con estudios de grado estaban ocupados. Si bien las cifras no permiten una conclusión real en cuanto al número de mujeres que tendrían 15 años de experiencia, son indicativas de sus patrones de carrera. El número de mujeres que sería parte del grupo podría ser corregido para dar cuenta de su retiro del trabajo en campos en los que siguieron sus estudios. Si inicialmente teníamos que las mujeres representaban el 43,74% de todos los alumnos registrados en los campos relevantes, descontando a las mujeres que no trabajaron en estas áreas, tendríamos que son el 39,84% del total de personas que se registraron en la universidad y trabajaron en áreas relevantes entre 1982 y 1997. Obviamente este número debería ser corregido para dar cuenta de las diferencias en la graduación de los programas de grado en los campos relevantes para cada sexo. De

²⁵³ *Ibid.*, p. 79.

cualquier forma, el objetivo aquí no es la exactitud matemática sino la exploración.

Esta exploración revela que debe ser seriamente cuestionada la idea de que no hay suficientes mujeres técnicamente calificadas para obtener estos cargos. Las mujeres constituyen la mitad de la población del país; se puede asumir que quienes designan tienen relaciones sociales y familiares con un número similar de hombres y de mujeres, incluso si el tipo de relaciones que tienen con miembros de los distintos sexos es diferente. En cuanto a la participación de las mujeres en las campañas de quienes designan, es difícil establecerla con exactitud. En todo caso, parece sensato afirmar que del grupo de candidatos, al menos un 30% son mujeres.

La pregunta ahora es si la Ley puede ser entendida como “correctora” de un sistema discriminatorio y si quienes hacen los nombramientos efectivamente pierden alguna autonomía con su promulgación. El argumento de la discriminación es problemático en este contexto, precisamente porque los cargos son de libre nombramiento y remoción, esto es, porque la designación y la remoción de funcionarios no tiene que corresponder a un criterio previamente establecido. Nadie tiene el derecho de ser designado ministro o director de un Departamento Administrativo, y nadie sufre un daño cuando es removido de uno de estos cargos.²⁵⁴ La idea de discriminación como violación de un derecho individual a acceder a determinado recurso no sería, entonces, aceptable.²⁵⁵

Pero la idea de que quienes designan son autónomos en sus decisiones es también ilusoria. El Presidente y las auto-

²⁵⁴ Sin embargo, el Consejo de Estado (máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo) tiene una doctrina sólida en lo que se refiere a la protección contra la discriminación de la mujer embarazada cuando ocupa este tipo de cargos. Sentencia N° 5065, 3 de noviembre, 1993, Consejo de Estado, consejera ponente Clara Forero de Castro, Sala de lo Contencioso Administrativo, sec. 2; Sentencia N° 8928, 10 de marzo, 1995, Consejo de Estado, consejero ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora, Sala de lo Contencioso Administrativo, sec. 2; y Sentencia N° 9298, 16 de octubre, 1997, Consejo de Estado, consejero ponente Silvio Escudero Castro, Sala de lo Contencioso Administrativo, sec. 2.

²⁵⁵ Entender la discriminación como la violación de un derecho individual no ha sido fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; sin embargo, hay excepciones como la contenida en la Sentencia C-410 de 1994. Sentencia C-410 de 1994, Corte Constitucional, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

ridades locales siempre han estado sujetos a presiones por parte de los miembros del Congreso, de sus propios jefes locales y nacionales, y de los votantes organizados.²⁵⁶ Por esto, en realidad, no tienen la posibilidad de designar sólo a aquellos con quienes creen poder formar un buen equipo de gobierno. El equipo siempre representa una transacción.²⁵⁷

Parece razonable preguntarse si la Ley podrá realmente mejorar la sistemática sub-representación de las mujeres en los cargos en cuestión, y cuánto se reducirá la ya reducida autonomía de quienes designan. En cuanto a la primera pregunta, la respuesta no es obvia; lo que la Ley hace es garantizar una representación al menos proporcional al número de mujeres en el grupo de candidatos hipotéticos. En cuanto a la segunda, ya hemos mencionado que en el corto plazo, quienes designan estarán en una posición de vulnerabilidad, porque la Ley crea una repentina y extendida crisis de gabinete. En el largo plazo también parecería haber un costo para la autonomía, si se llega a verificar que fueron designadas menos mujeres de las que deberían haber sido designadas.

Estos costos en términos de la autonomía son, sin embargo, compensados con los beneficios que la Ley genera, tanto en el corto como en el largo plazo. En el corto plazo, la vulnerabilidad de quienes designan puede ser justificada por la apertura de espacios de negociación para el movimiento de mujeres, espacios que de otra forma no tendrían. En el largo plazo, la reducción de la autonomía de quienes designan es compensada por la ganancia en la corrección de las asimetrías entre el número de mujeres en el grupo y la cantidad de mujeres que son efectivamente designadas.

²⁵⁶ El ministro de Medio Ambiente en el año 2000, por ejemplo, fue durante muchos años un activista ambiental.

²⁵⁷ Además, el hecho de que la Constitución garantice un poder para “censurar” a los ministros, por parte del Congreso, restringe —aunque no de una forma directamente relevante para este trabajo— la potestad que tiene el Presidente para nombrar a sus funcionarios. La “moción de censura” se encuentra regulada en el artículo 135, N° 9, de la Constitución. Se trata básicamente de una forma de control político que desarrolla el Congreso con los ministros, la cual requiere una proposición para censurar al ministro(a) por razones relacionadas con sus deberes. Dicha propuesta de censura debe estar respaldada por una décima parte de los miembros de una cámara, debe ser debatida en presencia del ministro(a) y necesita para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara.

III. LOS COSTOS Y BENEFICIOS DE HACER VISIBLE AL SEXO

El efecto más prominente de la Ley es que hace visible al sexo en el proceso de designación en los cargos de máximo nivel decisorio dentro del Estado regional y nacional. Decir que el sexo es visible no es decir que antes no importara. Como ha sido explicado, ser mujer ha implicado tener menores oportunidades de acceso a estos cargos. El sexo es visible en virtud de la Ley porque es la variable de acuerdo con la cual va a determinarse su cumplimiento.

Sin embargo, hacer visible el sexo tiene costos. En primer lugar, como algunos han señalado, implica que cada vez que una mujer sea designada para un puesto se le pregunte si lo hubiera sido sin la Ley. Esto, por supuesto, sería irrelevante si hubiese una comprensión general del hecho de que el número de mujeres potenciales es mucho mayor que el número de mujeres designadas. Las representaciones de la Ley como proveedora de regalos para las mujeres, así como la preocupación de algunas mujeres con cargos de alto nivel decisorio que consideran que ésta incluye una representación de las mujeres como “discapacitadas”,²⁵⁸ son evidencia de que la Ley no es tan apreciada como sería deseable.²⁵⁹

El hecho de que los miembros del Congreso intenten obtener cargos para mujeres útiles a las maquinarias burocráticas no ayuda. Como ha sido señalado, para utilizarlas se debe designar mujeres controlables y poco involucradas en política. Si el público lo percibe, creará que sólo obtuvieron sus cargos por la Ley.

Esta preocupación por las razones verdaderas de la designación y por la visibilidad centrará la atención en las acciones y el carácter de las mujeres designadas. Es de esperar que se hagan observaciones y comparaciones tomando el género como medida: ¿es lo suficientemente maternal?

²⁵⁸ Véase “Mujeres al poder”, *supra* nota 89, en donde se cita a la directora de la época de la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), Fanny Kertzman, y RUEDA, *supra* nota 190.

²⁵⁹ Véase también LUZ GABRIELA ARANGO, “El caso colombiano: el surgimiento de una nueva generación”, en *Mujeres ejecutivas: dilemas comunes, alternativas individuales*, LUZ GABRIELA ARANGO, MARA VIVEROS y ROSA BERNAL (eds.), Universidad de los Andes, Bogotá, 1995, pp. 23-60. En ese texto se muestra cómo las mujeres en los cargos más importantes en Colombia no reconocen que existan prácticas discriminatorias en el mercado laboral.

¿Es demasiado maternal? ¿Es inteligente o sólo está repitiendo un guión? ¿Es bonita? ¿Está vestida correctamente? ¿Sabe suficiente del área? ¿Es muy competitiva? ¿Tiene mal carácter? ¿Tiene hijos? ¿Está coqueteando? Etcétera.

Finalmente, la visibilidad puede traer aparejado el costo de feminizar los cargos que les son asignados a las mujeres y de generar una tendencia a designar sólo a mujeres para estos cargos. Mientras está fuera de duda el hecho de que algunos de los cargos que han tenido las mujeres en el pasado son considerados cargos “femeninos”, en el sentido de que se presume van en consonancia con los intereses, el conocimiento y las capacidades de las mujeres, también es claro que en Colombia las mujeres han ocupado cargos que en otras partes han sido tradicionalmente considerados masculinos.²⁶⁰ De hecho, en Colombia ha habido mujeres ministras de Defensa, Relaciones Exteriores, Justicia, Comunicaciones, Salud y Seguridad Social, Agricultura, Desarrollo, y Comercio Exterior, entre otras.

La feminización de los cargos y la reiteración de la designación de mujeres para ellos es, en este caso, no sólo el resultado de la operación del patriarcado,²⁶¹ sino también de la campaña del movimiento de mujeres para obtener algunos cargos sobre la base de la “experticia de género”, y del interés de los miembros del Congreso en obtener cargos que no sean

²⁶⁰ Véase UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8, p. 84.

²⁶¹ El patriarcado se entiende acá como el regimen estructurado —según el género— que lleva a una distribución de los recursos sociales que tiende a favorecer a los hombres. Por su parte, la “feminización” es entendida como el proceso a través del cual los recursos menos valiosos de una sociedad se consideran femeninos. La “feminización” es entonces dinámica: no sólo “lo femenino” tradicional es menos valioso y, en consecuencia, asignado a las mujeres, sino que cualquier espacio “conquistado” por las mujeres es “feminizado”, lo cual equivale a decir que es menos valioso. Sobre el proceso de la feminización puede consultarse a MARÍA ANTONIA GARCÍA DE LEÓN, *Élites discriminadas: sobre el poder de las mujeres*, Editorial Siglo del Hombre, Anthropos, Barcelona, 1994. La segregación en razón del oficio y sus causas que provienen del fenómeno de la “feminización” han sido ampliamente documentadas. Para el tema de la segregación en razón del oficio en los Estados Unidos puede verse a GELB y PALLEY, *supra* nota 152, pp. 233-236. Para el caso colombiano puede consultarse a LIA GUTERMAN, “La mujer en la industria manufacturera”, en *Género, equidad y desarrollo*, *supra* nota 250, pp. 110-138; y a MARTHA LUZ HENAO y AURA YANETH PARRA, “Mujeres en el mercado laboral”, en *Género, equidad y desarrollo*, *supra* nota 250, pp. 70-109.

muy visibles para el público en general. En este caso, la visibilidad resulta costosa para las mujeres que son designadas, de quienes se espera tengan algunos conocimientos y rasgos de personalidad compatibles con el carácter femenino del cargo, y también para las mujeres a quienes les hubiese gustado seguir una carrera de este tipo, quienes tendrán que interesarse por cuestiones tradicionalmente “de mujeres” y actuar como tales.

En vista de estos costos adicionales, es lógico preguntarse si los beneficios de la representación de las mujeres en cargos de máximo nivel decisorio justifican los problemas que les genera a las designadas o si hay (o habría) un mejor mecanismo para alcanzar estos objetivos.

IV. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LAS BURÓCRATAS FEMINISTAS

Comencemos por examinar los beneficios de la representación “en espejo” en cargos de máximo nivel decisorio.²⁶² ¿Cuál es el beneficio que proviene de tal reflejo? La respuesta se manifiesta, inicialmente, en la retórica de la igualdad: el hecho de que el reflejo no se produzca significa que las mujeres tienen sistemáticamente menos oportunidades de acceder al recurso. Es claro que los beneficiarios directos de la Ley son las mujeres que quieren ocupar esos cargos; es su igualdad de oportunidades lo que la Ley asegura. No obstante, serán también beneficiarias todas las mujeres que ahora, y en el futuro, posean un título universitario y adquieran experiencia en su área. Dado el aumento reciente en el número de mujeres con grados y postgrados,²⁶³ y asumiendo que

²⁶² Tomo prestado el término “representación reflejo” (en inglés, *mirror representation*) de ANNE PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Oxford University Press, Nueva York, 1989, p. 13; sin embargo, su uso se relaciona con la representación en los cuerpos de elección popular. La idea de “reflejarse” (en inglés, *mirroring*), por otro lado, ha sido importante en la discusión y diseño de las acciones afirmativas en los Estados Unidos. Puede verse, entre otros, a SUSAN CLAYTON y FAYE CROSBY, *Justice, Gender, and Affirmative Action*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1992; DUNCAN KENNEDY, “A Cultural Pluralist Case for Affirmative Action in Legal Academia”, en *Sexy Dressing Etc.*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1993, p. 42.

²⁶³ El *Boletín N° 18*, utilizando información del año 96, señala: “La entrada, permanencia y finalización de la educación superior (que en el texto se denomina como educación estudiantil), presenta en general un predomi-

esta tendencia persistirá, el número de mujeres que se beneficiará de esta Ley es grande y creciente.

Sin embargo, el hecho de que la participación en el grupo de candidatas implique tener relaciones con quienes designan hace que el grupo de beneficiarias sea reducido y tenga en cuenta el origen social y familiar (aunque exista un margen para las mujeres con suficiente energía y encanto para entrar en los círculos de poder).

En breve, serán beneficiarias directas las mujeres que tienen acceso a la educación superior, a realizar trabajos en su campo, y aquellas que establezcan relaciones con las élites políticas y sociales.

Este análisis, sin embargo, no tiene en cuenta el impacto que esta garantía de igualdad de oportunidades —aunque limitada— puede tener sobre el comportamiento y las expectativas de otras mujeres. Es de esperar que aquellas mujeres que pensaban “que no vale la pena pagar para tener una carrera” reconsideren sus posiciones.²⁶⁴ Por otro lado, la visibilidad del patrón de exclusión de las mujeres en las esferas que la Ley prevé puede ayudarles a darse cuenta de lo generalizada que es su exclusión, lo que a su vez puede “empoderarlas” para reclamar iguales oportunidades en otras esferas. Pero, hay que repetirlo, estos beneficios pueden quedar ensombrecidos por los costos que las mujeres designadas tendrán que soportar y por la tendencia hacia la feminización de los cargos que se les adjudiquen.

¿Qué otros objetivos podrían satisfacerse con el establecimiento de cuotas para estos cargos? La idea de que las mujeres tengan cargos de alto nivel decisorio dentro del Estado es reiterativa en la literatura sobre planeación y desarrollo

nio de mujeres, con un énfasis significativo en los niveles de postgrado. En la relación solicitantes-admitidos en estos niveles hay una leve mayoría de mujeres, mientras que la admisión al primer semestre se distribuye casi igualmente entre ambos sexos; en los niveles de postgrado hay un mayor ingreso de las mujeres [...]. Puede afirmarse que hay un número similar de hombres y mujeres pero que la permanencia favorece especialmente a las mujeres en los niveles de postgrado; en estos estudios la probabilidad de obtener un grado es mucho más alta para las estudiantes mujeres”. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *supra* nota 251, p. 19.

²⁶⁴ Algunos sostienen que en el caso de la equidad en la representación en cuerpos elegidos popularmente, el beneficio deriva del hecho de que las mujeres elegidas constituyen “modelos de rol” para las mujeres en general. Véase, por ejemplo, PHILLIPS, *supra* nota 261, pp. 60-66.

con perspectiva de género y es producto del desencanto generado por los pobres resultados obtenidos con la creación de “maquinarias de mujeres”. Estas maquinarias fueron creadas para conseguir las metas de la equidad de género formuladas para la década de la mujer en 1975.²⁶⁵ Katherine Staudt resume así todos los problemas asociados con esta alternativa:

A pesar de las grandes esperanzas, esta maquinaria femenina no ha logrado mucho hasta ahora. En una evaluación de setenta y nueve países, se encontró que las maquinarias estaban limitadas por pequeños presupuestos y equipos de trabajo, por actitudes que legitiman la subordinación femenina y por mandatos que se centran en la seguridad social. Proyectos independientes de mujeres, una figura controversial de la década que pareció ofrecer un punto de inicio para las aproximaciones compensatorias frente a largos años de preferencia masculina, rara vez “empoderaron” a las mujeres política o económicamente. Fueron minúsculamente financiados [...]. Las divisiones y los ministerios de mujeres tuvieron grandes dificultades para influir a *todo* el gobierno.²⁶⁶

A pesar de que los beneficios de ser *insiders* en la maquinaria burocrática han sido cuestionados a la luz del rol predominante del Estado en la distribución de recursos,²⁶⁷ invo-

²⁶⁵ “Al final de la década, las Naciones Unidas promovieron las “maquinarias nacionales” para el avance de la mujer. Como esas maquinarias hubo 120 para 1980 y el 90% de los gobiernos las tuvo para 1985” (se omiten las notas al pie). STAUDT, *supra* nota 8, p. 4. Como alternativa para “las maquinarias de las mujeres” cada vez ha ganado más apoyo, dentro de la literatura sobre el tema, el llamado “caudal de género” tal como lo señala Anne Marie Goetz: TA “Desde mediados de los 80 ha habido un intento por encauzar la preocupación por la igualdad de géneros a través de su promoción en todas las metas de la organización, en lugar de promoverla a través de oficinas o proyectos WID autónomos. Estos esfuerzos también han debido enfrentar una resistencia significativa. En respuesta, los abogados GAD han producido —de una forma muy cuidadosa— paquetes de entrenamiento, guías, sistemas analíticos, y “kits de herramientas” metodológicas para el desarrollo de quienes toman las decisiones”. ANNE MARIE GOETZ, “Getting Institutions Right for Women in Development”, en *Getting Institutions Right for Women in Development*, ANNE MARIE GOETZ (ed.), New York, Zed Books, 1997, p. 4.

²⁶⁶ STAUDT, *supra* nota 8, p. 8. Véase también MOSER, *supra* nota 8, p. 112.

²⁶⁷ Kathy Ferguson ha sido la opositora más radical de la idea de usar las posiciones burocráticas como sitios para la transformación del patriarcado. Véase KATHY FERGUSON, *The Feminist Case Against Bureaucracy*, Temple University Press, Filadelfia, 1984. Véase también GOETZ, *supra* nota 264, pp. 4-25.

lucrarse con la pesadilla burocrática debe continuar siendo un objetivo.²⁶⁸ Este objetivo, sin embargo, no aparece²⁶⁹ justificado en esta literatura como un tema del derecho a la igualdad,²⁷⁰ sino como una herramienta para la transformación de los resultados del funcionamiento del Estado. Resultados “sesgados por el género de acuerdo con las construcciones que privilegian a los hombres y subordinan a las mujeres”,²⁷¹

Para resumir los factores que podrían contribuir o impedir la redistribución de recursos de los hombres a las mujeres, Staudt afirma:

Entre las muchas condiciones que facilitan la redistribución de recursos de los hombres hacia las mujeres están incluidas la congruencia de las agendas políticas, ideológicas y profesionales; los grupos electores feministas que se encargan del proceso político-burocrático; la construcción de alianzas; las estructuras internas que legitiman las agendas feministas; las feministas insertas en la burocracia y la fastidiosa atención a los detalles de implementación, entre otros. Pero hay otras condiciones que pueden socavar la agenda redistributiva: el oportunismo político y el instrumentalismo burocrático, los privilegios de clase entre las mujeres y la simple inercia burocrática.²⁷²

Dentro de un análisis así planteado, cabe preguntarse, ¿cómo se incorpora la idea de una cuota del 30% para mujeres en cargos de alta toma de decisión? Para empezar, legitimar una agenda feminista y garantizar su influencia requiere contar con una “masa crítica” dentro de la burocracia.²⁷³

²⁶⁸ STAUDT, *supra* nota 8, p. 7.

²⁶⁹ De hecho, lo que acá se ha denominado representación “de reflejo” ha sido utilizado para ir en contra del objetivo de introducir nuevas aproximaciones a la planeación y posterior implementación de aquellos programas que llevarían a una mayor equidad de género: “Una vez la oportunidad-estructura es inclusiva y justa, las diferencias de hombres y mujeres en lo que se refiere a sus aspiraciones laborales deben desaparecer. Una burócrata femenina estará en libertad de aspirar, competir y desarrollarse de una forma normal en la burocracia en la cual se sumerge. Las operaciones “normales” pueden entonces continuar sin confrontar, tocar o afectar la institucionalización histórica de los intereses masculinos en estas “instituciones de los hombres” *Ibid.*, p. 15.

²⁷⁰ MOSER, *supra* nota 8, p. 101.

²⁷¹ STAUDT, *supra* nota 8, p. 11.

²⁷² *Ibid.*, p. 24.

²⁷³ La idea de una *masa crítica* también ha sido relevante en los estudios de segregación en razón del oficio y en los de segregación vertical en las orga-

La cifra del 30% es un mínimo.²⁷⁴ Además, si es bueno ser un *insider* de la burocracia, mejor será estar en los niveles superiores, donde la inercia burocrática es menos poderosa.²⁷⁵ Sin embargo, las conclusiones presentadas por la autora no logran demostrar claramente el beneficio de la cuota para las mujeres. La realidad²⁷⁶ y algunos estudios teóricos han demostrado²⁷⁷ que las transformaciones requieren de burócratas feministas y no todas las mujeres son feministas ni todos los hombres antifeministas.²⁷⁸

Una ley que establezca una cuota para feministas es problemática, teórica y políticamente. Una primera dificultad se encuentra en la construcción de un criterio que permita

nizaciones. Véase, por ejemplo, LOIS LOVELACE DUKE, "Career Development and Affirmative Action", en *Women and Men of the States*, MARY E. GUY (ed.), M.E. Sharpe, Armonk, 1992, pp. 19-42 (explica que entre los muchos problemas que enfrentan las mujeres cuando llegan a los altos cargos gerenciales se encuentra la *desmoralización* derivada del hecho de estar encerradas y aisladas); MARY E. GUY y LOIS LOVELACE DUKE, "Personal and social background as determinants of positions", en *ibid.*, pp. 43-60 (explica la importancia de las redes para el desarrollo de una carrera y la exclusión de las mujeres en razón de la percepción de que éstas son una especie de fichas en las organizaciones y, además, menos competentes); C.M. SOLOMON, "Careers Under Glass", *Personnel Journal*, vol. 69, 1990, p. 96.

²⁷⁴ Staudt señala en este sentido: "Por supuesto que las mujeres por sí solas no hacen milagros, razón por la cual hay mucho que discutir acerca de la *masa crítica*. Algunos han coincidido en que un 30% es lo mínimo que se necesita para prevenir la reincidencia en el acceso e influencia de las mujeres". STAUDT, *supra* nota 8, p. 346. Véase también UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8, p. 107.

²⁷⁵ Caroline Moser asume esto cuando critica la idea de que el solo hecho de tener mujeres en la burocracia puede alterar esas tendencias patriarcales arraigadas. Véase MOSER, *supra* nota 8, p. 127. Pero, una vez más, es claro que una sola mujer no puede hacer milagros, incluso si ella está en los cargos más altos. La conclusión de Moser en este sentido es su propuesta de una amplia campaña de sensibilización y entrenamiento en técnicas de planeación de género. *Ibid.*, pp. 178-179. Otros son —de lejos— menos optimistas. GOETZ, *supra* nota 264, p. 4. Staudt, por su parte, resalta la importancia de una mayor presencia en la burocracia: TA "Las políticas de alto nivel son tan importantes como las de nivel intermedio; estas últimas son desarrolladas por un personal que, con frecuencia, trabaja con una discreción considerable. Discreción que permite que los prejuicios e ideologías afecten la acción". STAUDT, *supra* nota 8, p. 14.

²⁷⁶ Véase STAUDT, *supra* nota 8, p. 12, (Staudt cita estudios de caso que "respaldan ese optimismo de que las feministas, como apoyo constitutivo, pueden marcar diferencia [...]").

²⁷⁷ Por ejemplo, FERGUSON, *supra* nota 266, p. 203; MOSER, *supra* nota 8, p. 126.

²⁷⁸ Aunque hacer esta afirmación es casi como repetir un axioma, en todo caso, vale la pena mencionarlo.

identificarlas.²⁷⁹ Además, ¿quién aplicará el criterio: el grupo líder de las feministas? ¿Un funcionario designado? ¿Cómo funcionará: con una prueba de afiliación al grupo o partido feminista? ¿Con un test de personalidad? Finalmente, sería doblemente excluyente: las feministas capturando al Estado en desmedro del no-feminista. Esto sería políticamente incendiario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende por qué los estudios y las recomendaciones de las Naciones Unidas han sugerido una cuota para las mujeres y no para las feministas.²⁸⁰ La pregunta, entonces, es si esta medida puede producir resultados. Se pueden ofrecer varios argumentos en favor del potencial de las cuotas: primero, muchas feministas son mujeres, con lo cual abrir un espacio para las mujeres significaría abrir un espacio para feministas; segundo, las mujeres, incluso si no son feministas, son más fáciles de sensibilizar,²⁸¹ al menos si se cree que ser mujer implica ser oprimida

²⁷⁹ Como se señaló arriba, la pregunta acerca de cómo determinar quién es o no feminista ha sido una preocupación central en las distintas conferencias de los movimientos de las mujeres en Latinoamérica. Véase *supra* el texto que acompaña la nota 194.

²⁸⁰ Los estudios y documentos no incluyen, por supuesto, ninguna mención a la palabra “feminista”. Véase, en general, UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8. La introducción de cuotas para las mujeres en ciertos cargos de toma de decisiones es recomendada en la plataforma de acción de la conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres, del año 95 (*Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, N.U. Doc A/CONF.177/20 (1995), capítulo IV, sec. B, objetivo estratégico B.4, acción 83.f, apoyado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, N.U. Doc. A/Res./50/203 (1995)) y en la Recomendación General N° 5 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en 1988 (N.U. Doc. A/43/38, p. 109). Es interesante anotar que Katherine Staudt, quien tantas veces ha sido citada en este trabajo, participó en el estudio del Centro para el Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas como consultora. UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8, p. v.

²⁸¹ “Sensibilización” es el término utilizado en la literatura de planeación de género; véase MOSER, *supra* nota 8. Otros claramente prefieren el término “ascensión de conciencias” (en inglés “consciousness raising”). Véase, en general, CATHARINE MACKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985. Véase también MAGDALENA LEÓN, “El empoderamiento de las mujeres en la teoría y práctica del feminismo”, en *Poder y empoderamiento de las mujeres*, MAGDALENA LEÓN (ed.), Tercer Mundo, Bogotá, 1997, p. 21 (en ese texto se argumenta cómo el empoderamiento requiere tener conciencia de la discriminación); MARGARET SCHULER, “Los derechos de las mujeres son derechos humanos: la agenda internacional del empoderamiento”, en *Poder y empoderamiento de las*

en un régimen patriarcal y el saberse oprimida no es algo que un opresor entienda fácilmente.²⁸²

Otros factores operarían en contra del éxito de esta medida: el peso de ser precursoras; la ilegitimidad de la designación de cara al público y, en algunos casos, el miedo a ser deslegitimadas por ser feministas.²⁸³ Sin embargo, un factor que podría contrarrestar estas dificultades es la fuerza de la movilización feminista y las alianzas entre las mujeres designadas y las activistas feministas.

En el contexto colombiano, como se ha explicado anteriormente, muchos de estos factores positivos y negativos están presentes. Si bien existe una movilización feminista, no incluye a suficientes mujeres de la élite, sean de clase media o alta. Siendo pocas las mujeres que participan en el movimiento y escasas las que tienen las calificaciones, el espacio difícilmente puede ser capitalizado por el movimiento. Como ya se ha señalado, la clase política tradicional se movilizará para tratar de obtener una buena parte de los cargos. Como también se ha subrayado, los costos de la medida serán grandes para las mujeres designadas, con lo cual se puede esperar una reticencia a comportarse de forma no tradicional (revolucionaria o feminista). Sin embargo, tanto la habilidad del movimiento de mujeres para sensibilizar a individuos poderosos, como las reacciones positivas de las mujeres que ya están en el poder, son evidentes en la historia reciente de Colombia. Viviane Morales, y también María Emma Mejía, Yolima Espinosa e, incluso, María Ximena Duzán son casos de conversión al feminismo en mujeres que ocupan altos cargos ejecutivos en el gobierno.

En vista de los costos que esta medida genera para el Presidente, las autoridades locales, las mujeres designadas y las mujeres en general, es prudente preguntarse si las cosas estarían mejor sin la Ley. De hecho, la idea detrás de las críticas de Cajiao, Gómez Buendía y Apuleyo, es que las mujeres

mujeres, ibid., pp. 34-37 (Schuler usa la pedagogía del oprimido de Freire para explicar el proceso de ascensión de la conciencia del oprimido).

²⁸² El punto de vista de las epistemologías ha sido defendido, entre otros, por MACKINNON, *supra* nota 280; y FERGUSON, *supra* nota 266.

²⁸³ Véase VIRGINIA SHAPIRO, "When are Interests Interesting", en *Feminism and Politics*, ANNE PHILLIPS (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 180-181. Para el caso colombiano, véase ZAMBRANO, *supra* nota 12.

conseguirían una mayor participación en los cargos de máximo nivel decisorio dentro del Estado sin la intervención de la Ley, mediante la igualdad en la educación y en los ingresos económicos.

Desgraciadamente, la información disponible no apoya este argumento. Incluso si la conclusión de las Naciones Unidas, en el sentido de que a las mujeres les tomaría 400 años alcanzar la igualdad en la participación, a menos que se tomen medidas afirmativas, puede sonar exagerada, las comparaciones a nivel mundial muestran que los diferentes niveles de educación y participación en el mercado laboral, o la industrialización de un país, no afectan de forma definitiva la cantidad de mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio.²⁸⁴ Sólo cuando ha habido una intervención directa del Estado para promover la mayor participación de las mujeres aparecen ciertas diferencias.²⁸⁵

Por otro lado, los estudios de género revelan continuamente que la calidad en la educación y el empleo sólo puede ser alcanzada mediante programas con conciencia de género.²⁸⁶ Y para que existan estos programas alguien tiene que estar interesado en llevarlos adelante.

V. BALANCE: QUÉ PUEDE PERDERSE, QUÉ PUEDE GANARSE

Este capítulo ha explorado los beneficios y costos que pueden derivar de la Ley y su implementación, tratando de definir quién pagará los costos y quién recibirá los beneficios, habida consideración de las condiciones socio-económicas en las que la Ley será implementada.

²⁸⁴ UNITED NATIONS CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT AND HUMANITARIAN AFFAIRS, *supra* nota 8, pp. 84-118.

²⁸⁵ *Ibid.* Véase también KELBER, *supra* nota 3 (este texto incluye estudios de caso de acciones afirmativas adoptadas en Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Islandia y Alemania, y recomienda la adopción de este tipo de acciones en los Estados Unidos).

²⁸⁶ Éste es uno de los puntos que los expertos en “planeación de género” y en “género y desarrollo” están tratando de desarrollar. Véase, por ejemplo, MOSER, *supra* nota 8. Para revisar el tema del sesgo de género en la educación en Colombia puede verse a SILVIA ROZAS, “Análisis de género en las pruebas de logro educativo”, en *Género, equidad y desarrollo*, *supra* nota 250, pp. 208-222; PÉREZ, *supra* nota 250; y PAULINA OSPINA y ZENaida OSORIO, *Mi mamá me mima, mi papá fuma pipa*, Presidencia de la República, Bogotá, 1991.

Se discutieron tres tipos de costos: el costo de presentar los cargos de máximo nivel decisorio como regalos, el cual fue demostrado como una falacia frente a los datos concretos; el costo en autonomía que pagan quienes designan, el cual fue rebatido por ilusorio, incluso antes de la existencia de la Ley; finalmente, los costos de hacer visible el sexo, puesto que las mujeres designadas deben cargar con el peso de probar sus habilidades y tolerar un mayor escrutinio público de sus acciones que sus contrapartes masculinos, lo cual, a su vez, tiene un efecto obstaculizador sobre las intenciones revolucionarias de las mujeres designadas y/o de las mujeres del movimiento frente a las mujeres designadas. Otros costos fueron asociados con la visibilidad: el costo de la feminización de algunos cargos y el de la segregación que resulta de este proceso de feminización. En este caso, el costo se distribuye entre las mujeres designadas, cuyas habilidades se devalúan al tiempo que lo hace el cargo que ostentan, las mujeres que desearían entrar al gobierno y que sólo serían consideradas para cargos feminizados e, incluso, los cargos mismos que, en virtud de su feminización, perderían importancia y recursos de poder dentro de la estructura del Estado.

Se desarrollaron también dos líneas de argumentos en cuanto a los beneficios que pueden derivar de la Ley. En primer lugar, se argumentó que la sub-representación de las mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio pudo ser corregida y significó una victoria en términos de la garantía de igualdad de oportunidades para las mujeres. Los beneficiarios de esta corrección del sistema son, inicialmente, las mujeres que en el presente, o el futuro, deseen ser designadas. Este conjunto involucra a una minoría: las mujeres de la élite (social y política) que tienen (o tendrán) un diploma de grado y experiencia en sus áreas de estudio. Sin embargo, se puede esperar que, a pesar de sus límites, el mecanismo incida en las decisiones de educación y de carrera que todas las mujeres tienen, y en la generación de conciencia en cuanto a la pertinencia de los prejuicios de género.

En segundo lugar, se ha señalado que a medida que la Ley abre cargos para las mujeres, las feministas ganan un espacio de lucha como posibles funcionarias y en la influencia que puedan tener sobre la conciencia de las mujeres designadas. La inserción de una masa crítica de feministas,

actuales o futuras, en altos cargos de administración, es vital para transformar la acción estatal que pone en desventaja a las mujeres, en una acción estatal que las “empodere”.

La Ley, por lo tanto, es defendible, tanto desde un punto de vista liberal como desde el punto de vista feminista. Desde el punto de vista liberal, más preocupado por la igualdad de oportunidades de las mujeres individuales dentro de la sociedad actual, la Ley es sostenible porque no sólo corrige la sub-representación de las mujeres en los cargos de máximo nivel decisorio, sino de las mujeres en general, porque aumenta sus expectativas y su conciencia de opresión. La pérdida de autonomía de quienes designan difícilmente puede ser considerada importante si la única autonomía que se perdiera fuera la autonomía de excluir sistemáticamente a las mujeres. Los costos de hacer visible el sexo no sólo afectan a las mismas mujeres beneficiadas, sino que además parecen inevitables para obtener las ganancias derivadas de la creación de conciencia.

Desde un punto de vista feminista, la Ley se justifica porque abre espacios para la lucha dentro de la burocracia, incluso si mantenerlos abiertos implica grandes esfuerzos orientados a la neutralización del empuje colonizador del orden patriarcal.

CONCLUSIONES

Como fue planteado en la introducción, el propósito de este ensayo era doble. De una parte, intentaba explicar la expedición de la Ley de Cuotas, mediante la descripción de los motivos de los actores involucrados y los argumentos en los que se enmarcaron sus decisiones. De otra parte, pretendía ofrecer un relato de los efectos distributivos de la Ley y de las posibilidades y peligros que conlleva su emisión. Si bien no se buscó precisión histórica o matemática, el ejercicio enriqueció el debate.

En primer lugar, el examen minucioso del proceso de emisión de la Ley permitió develar la complejidad de las motivaciones de los miembros del Congreso cuando se trata de promulgar una Ley percibida como progresista.

A diferencia de la idea general que sostiene que las leyes progresistas sólo pueden provenir de impulsos altruistas o

de la simple estupidez, se argumentó que los miembros del Congreso actuaron inspirados en la posibilidad de expandir sus maquinarias electorales. Pero, a diferencia también de quienes piensan que el Congreso sólo aprueba leyes que satisfacen sus deseos clientelistas, se demostró que la legitimidad del Congreso frente a las otras ramas del poder, su deseo de mostrarse comprometido con la Ley y de hacer aparecer al país ante la comunidad internacional como una nación “civilizada”, además de la existencia de un claro mandato constitucional que requiere la “adecuada y efectiva participación de las mujeres en la administración pública”, fueron aspectos definitivos para su aprobación.

Estos dos últimos motivos sugieren que las activistas feministas están en lo correcto —a pesar de lo que opinan algunos académicos— cuando se movilizan alrededor de reformas legales en los horizontes internacional y constitucional. Sin embargo, también apuntan a los límites del cabildeo para las leyes progresistas: el consenso en el espacio internacional será visto siempre como demasiado reformista y deja de lado los temas más acuciantes (el aborto en el caso de las feministas colombianas). La reforma constitucional es mucho más difícil de lograr que la reforma legal.

De otra parte, una mirada detallada a las motivaciones del Congreso en el proceso de la emisión de la Ley demanda una precisión de la tesis de la “eficacia simbólica”.²⁸⁷ De acuerdo con esta tesis, el legislador en Colombia emite leyes para apaciguar demandas sociales sin la intención de resolverlas a través del Derecho, sino de “aparecer” como si las estuviera resolviendo.

En el caso de la Ley de Cuotas, la tesis no funciona porque la demanda social que la antecedió no era ni clara ni acuciante. La legitimación, en este caso, se buscó de cara a las otras ramas del poder y a la comunidad internacional. Aun más: la Ley es fácilmente ejecutable, así sea sólo desde el punto de vista práctico y no político.

En segundo lugar, el relato demuestra las acciones del movimiento de mujeres, en contra de la percepción generalizada sobre la inexistencia de movilizaciones progresistas alrededor de la Ley. Revelando los esfuerzos involucrados

²⁸⁷ Véase, en general, GARCÍA VILLEGAS, *supra* nota 31.

en su expedición (la Ley se presentó más de seis veces, obligó a la reunión con senadores, representantes y con la prensa, y se convino en ajustar los argumentos para hacerlos manifiestos a la sensibilidad de los miembros del Congreso, etc.) se hizo evidente la rigidez del sistema patriarcal en la sociedad colombiana.

Al mismo tiempo, el relato permitió asumir una mirada crítica a las prácticas del movimiento feminista en Colombia. Como fue explicado, el movimiento fracasó en su intento de movilizar mujeres de clase media y de élite debido a sus deficiencias organizativas y a su compromiso con las mujeres más desaventajadas

En el caso de la Ley de Cuotas, si se espera algún resultado positivo, estas fallas necesariamente tendrán que ser reparadas en el camino. La concienciación de las mujeres de esos estratos resulta indispensable para lograr la transformación cultural que interesa a cualquier postura feminista.

En tercer lugar, desplazando la discusión acerca de los derechos y concentrándose en los efectos distributivos de la Ley y en la lucha que conllevará su implementación,²⁸⁸ el relato permitió la discusión acerca de las preocupaciones que trajo la emisión de la Ley y puso en evidencia el esfuerzo patriarcal que dominará su implementación.

La idea romántica de quebrar el orden patriarcal con la sola emisión de la Ley debe ser desechada. Sin embargo, el ensayo ofrece elementos suficientes para apoyar la idea de que la Ley no es completamente inútil. De hecho, se sostiene que logra abrir un espacio que debe ser capitalizado para obtener importantes transformaciones en el orden patriarcal. Sin embargo, se plantea también que la resistencia debe ser continua.

Para concluir, es indispensable calificar la defensa de la Ley acá expuesta. Es una defensa *ex post facto*, y eso hace la diferencia. En vista de la pequeña movilización de la élite y la clase media, y de los intereses en juego que tienen los congresistas en las posiciones burocráticas, los peligros que

²⁸⁸ Véase SONIA ÁLVAREZ, "Estrategias democráticas desde la sociedad civil", *Revista especial/FEMPRESS*, 1998, pp. 40-42 (en este texto, Álvarez sostiene que hay una necesidad de resistir a la cooptación estatal de los discursos y la política feminista).

trae la implementación de la Ley probablemente me habrán llevado a recomendar un énfasis diferente para las acciones del movimiento de mujeres.

Pero, una vez emitida, el esfuerzo por entender la Ley como algo abierto, y no cerrado, es el desafío creativo del participante y el observador. Por supuesto, la creatividad en la resistencia no debe llegar al punto de la negación. Acá se han dado suficientes razones para apoyar (y exigir) la creatividad.

EPÍLOGO: LA LEY EN MOVIMIENTO

Desde su expedición, en julio de 2000, la Ley de Cuotas ha sido probada en dos presidencias. El Presidente Andrés Pastrana, quien la sancionó, terminó su período con sólo cuatro mujeres ministras (25%), dos mujeres directoras de Departamentos Administrativos (33,3%) y dos mujeres superintendentes (16,7%).²⁸⁹

Después de haber desconocido la aplicación de la Ley, al no cumplir la cuota de ministras en su crisis de gabinete de julio de 2000, el grupo feminista SISMA MUJER presentó una *acción de cumplimiento*²⁹⁰ en contra del decreto de nombramiento (1290 de julio 11 de 2000) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La acción fue rechazada el 6 de junio de 2001. En apelación, el Consejo de Estado encontró la acción admisible, es decir, consideró que el Presidente podría ser forzado a cumplir la Ley, pero no encontró faltas en las acciones con las cuales buscó implementarla, ya que mostró su intención de nombrar tantas mujeres como era posible.²⁹¹

²⁸⁹ ZULLY MORENO DE VILLAMIZAR, MARÍA EMMA WILLS y FRESIA MERCEDES GUACANE-ME, "La participación de las mujeres en la rama ejecutiva del nivel central", *Boletín Electrónico del Observatorio Mujeres y Participación Política*, octubre de 2001, p. 7, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20N%202.pdf>>, vista el 10 de mayo, 2005.

²⁹⁰ La *acción de cumplimiento* fue establecida en el artículo 87 de la Constitución de 1991 y regulada por la Ley 393 de 1997. Esta acción creó la posibilidad, para cualquier individuo, de exigir ante los Tribunales Administrativos la implementación y el cumplimiento de leyes, decretos o actos administrativos.

²⁹¹ SANDRA LILIANA ROYA BLANCO, "Progresividad de la Ley de Cuotas queda en buenas intenciones", *Boletín Electrónico del Observatorio de Mujeres y Participación Política*, octubre de 2001, p. 3, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20N%202.pdf>>, vista el 10 de mayo, 2005.

El Presidente Álvaro Uribe comenzó su mandato con seis mujeres ministras (37,5%).²⁹² Ninguna de las actuales o pasadas ministras ha estado afiliada al movimiento de mujeres o ha hecho evidente su deseo de establecer alguna conexión con él. Muchos grupos del movimiento de mujeres,²⁹³ sin embargo, se organizaron en el *Observatorio de Mujeres y Participación Política* para supervisar el cumplimiento de las cuotas, recogiendo datos sobre los nombramientos en todos los niveles del ejecutivo,²⁹⁴ y discutir las estrategias con las cuales enfrentar las cuestiones políticas que la Ley le entrega al movimiento.²⁹⁵

²⁹² FRESIA GUACANEME, “Mujeres que se desempeñan en altos cargos de dirección. Las mujeres ministras”, *Boletín Electrónico del Observatorio de Mujeres y Participación Política*, octubre de 2002, p. 14, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20No%203.pdf>>, visitada el 10 de mayo, 2005.

²⁹³ Estos grupos son: Asociación de Concejalas y Ex-concejalas de Cundinamarca; Casa de la Mujer Trabajadora; CUT; CIJUS-Universidad de los Andes; FESCOL–Friederich Ebert Stiftung; Grupo Mujer y Sociedad-Universidad Nacional de Colombia; IEPRI-Universidad Nacional de Colombia; Movimiento Político Mujeres 2000; Programa de Género y Desarrollo-Universidad Nacional de Colombia; Red Mujer y Participación Política; Red Nacional de Mujeres Campesinas; Red Nacional de Mujeres de Bogotá; y Red Nacional de Mujeres Rurales. *Boletín Electrónico del Observatorio de Mujeres y Participación Política*, octubre de 2001, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20N%202.pdf>>, visitada el 10 de mayo, 2005. Notablemente ausentes se encuentran Casa de la Mujer y Profamilia.

²⁹⁴ Véase MORENO DE VILLAMIZAR *et al.*, *supra* nota 288.

²⁹⁵ Véase HELENA ALVIAR, “¿Es posible evaluar la participación femenina en el gobierno que se inicia?”, *Boletín Electrónico del Observatorio de Mujeres y Participación Política*, octubre de 2002, p. 4, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20No%203.pdf>>, visitada el 10 de mayo, 2005; y MARÍA EMMA WILLS, “El gobierno de Uribe y la equidad de género: ¿suficiente para una democracia?”, *Boletín Electrónico del Observatorio de Mujeres y Participación Política*, octubre de 2002, p. 7, <<http://www.fescol.org.co/Doc%20PDF/Boletin%20No%203.pdf>>, visitada el 10 de mayo, 2005.

¿UN TECHO DE CRISTAL EN EL PODER JUDICIAL? Selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires

Paola Bergallo

I. INTRODUCCIÓN¹

La investigación sociológica sobre las profesiones del Derecho y el funcionamiento del sistema judicial ha ocupado un rol prominente en la agenda de los estudios de Derecho y sociedad en otros países del mundo.² En la Argentina, sin embar-

¹ Agradezco especialmente los comentarios a una versión anterior y en inglés de este trabajo por parte de los participantes del Seminario de Investigación del Programa Spils de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, la Conferencia de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de York y del Workshop de Estudiantes de la Law & Society Association, los integrantes de la Cátedra de Derecho Constitucional de Roberto Gargarella en la Universidad de Buenos Aires, y el Seminario de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. En especial, quiero agradecer además las valiosas observaciones de Dee Smythe, Elizabeth Muli, Beatriz Kohen, Marcelo Alegre, Gustavo Maurino, Laura Saldivia, y Demián Zayat.

² Véase, por ejemplo, DIETRICH RUESCHMEYER, *Lawyers and their Society: A Comparative Study of the Legal Professions in Germany and the United States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1973; RICHARD L. ABEL, "The Rise of Professionalism", *British Journal of Law and Society*, vol. 6, 1979, p. 83; RICHARD L. ABEL, *The Legal Profession in England and Wales*, Basil Blackwell, Oxford, 1988; RICHARD L. ABEL y PHILIP S.C. LEWIS, *Lawyers in Society*, University of California Press, Berkeley, 1988 y 1989; SHELDON GOLDMAN, *Picking Federal Judges*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1997; MARC GALANTER y THOMAS PALAY, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*, University of Chicago Press, Chicago,

go, este tipo de indagaciones se encuentra apenas desarrollado³ y, en consecuencia, el conocimiento empírico sobre la organización, el funcionamiento y los actores del sistema judicial es muy deficiente.⁴ En particular, son escasos los estudios cualitativos sobre el trabajo cotidiano de los tribunales, las carreras profesionales de sus empleados y los comportamientos de funcionarios, empleados y magistrados.⁵

Mucho más deficiente aún es el conocimiento de la situación y las experiencias de las mujeres que practican la abogacía o se desempeñan en distintos estadios del Poder Judicial. Las investigaciones e informes oficiales recientes ni siquiera incluyen datos desagregados por sexo respecto de los litigantes, los abogados, los empleados judiciales o los jueces.⁶ La información sobre la situación de las mujeres en la práctica profesional de la abogacía y el empleo judicial es infrecuen-

1991; DAVID LUBAN, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton University Press, Princeton, 1988; ANTHONY KRONMAN, *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995; YVES DEZALAY y BRYANT G. GARTH, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American Status*, Chicago Series in Law and Society, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

³ MARÍA INÉS BERGOGLIO, "Argentina: The Effects of Democratic Institutionalization", en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO (eds.), Stanford University Press, Stanford, 2003, pp. 20-63.

⁴ En el país se han llevado a cabo investigaciones poco sistemáticas y comprehensivas sobre jueces y abogados. Las excepciones son escasas y deben ser, por tanto, celebradas. Entre ellas, cabe citar el trabajo de Fucito (1996) sobre los abogados en la Provincia de Buenos Aires; la investigación de Cavagna Martínez, Bielsa & Graña sobre el Poder Judicial (1994) y extractos del capítulo de Bergoglio sobre el sistema legal argentino en *Legal Culture in the Age of Globalization* (2003), señalando la falta de investigación y comentando brevemente los escasos datos disponibles sobre la composición e historia de la administración de justicia y de la abogacía en la Argentina. Véase FELIPE FUCITO, *El perfil del abogado de la Provincia de Buenos Aires*, Editorial de la Universidad de La Plata, Buenos Aires, 1996; MARIANO A. CAVAGNA MARTÍNEZ, RAFAEL A. BIELSA y EDUARDO R. GRAÑA, *El Poder Judicial de la Nación: una propuesta de reconversión*, La Ley, Buenos Aires, 1994; BERGOGLIO, *supra* nota 3.

⁵ Además, los recientes informes oficiales contienen pocas estadísticas, en general, de alto grado de agregación; tornando difícil extraer conclusiones que vayan más allá de números globales acerca de la cantidad de empleados judiciales y descripciones formales de la estructura de las organizaciones legales. Véase, por ejemplo, MARTÍN GERSHANIK, *Argentina: el sistema judicial 2001-2002*, Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2003; MARÍA DAKOLIAS, *Argentina: Legal and Judicial Assessment*, The World Bank, Washington, D.C., 2001.

⁶ Véase, por ejemplo, GERSHANIK, *ibid*.

te. Salvo algunas excepciones encomiables, como un estudio de Mackinson y Goldstein,⁷ una breve investigación de Gastrón⁸ y la disertación doctoral de Kohen,⁹ no existen más trabajos sobre el tema. Y en proyectos más amplios, como los realizados por Fucito¹⁰ y Bergoglio,¹¹ sólo se encuentran referencias breves a la situación de las mujeres en el Derecho.

Los estudios existentes muestran que la participación cuantitativa de las mujeres en la Magistratura federal y nacional con asiento en Buenos Aires aumentó sensiblemente entre 1988 y 1999.¹² Sin embargo, el panorama no es demasiado alentador. Los mismos estudios demuestran que en la Magistratura la tendencia al mejoramiento cuantitativo coexiste con formas persistentes de segregación horizontal¹³ y jerárquica por sexo.¹⁴

⁷ GLADYS MACKINSON y MABEL GOLDSTEIN, *La Magistratura de Buenos Aires: un estudio sociológico*, Editorial Literaria Jurídica, Buenos Aires, 1988.

⁸ ANDREA L. GASTRÓN, *La situación actual de la mujer en el Poder Judicial argentino*, monografía, Premio Coca-Cola en las Artes y las Ciencias, Buenos Aires, 1991.

⁹ BEATRIZ KOHEN, *Gendered Family Law Courts: In-Depth Study of Buenos Aires*, ante la Universidad de Durham University, United Kingdom, 2003 (en poder de la autora). El borrador de la segunda parte de la disertación doctoral.

¹⁰ El estudio de Fucito se refiere a los abogados en la Provincia de Buenos Aires, e incorpora además algunos datos sobre la situación de las abogadas en la Provincia.

¹¹ BERGOGLIO, *supra* nota 3.

¹² MACKINSON y GOLDSTEIN, *supra* nota 7; GASTRÓN, *supra* nota 8; KOHEN, *supra* nota 9.

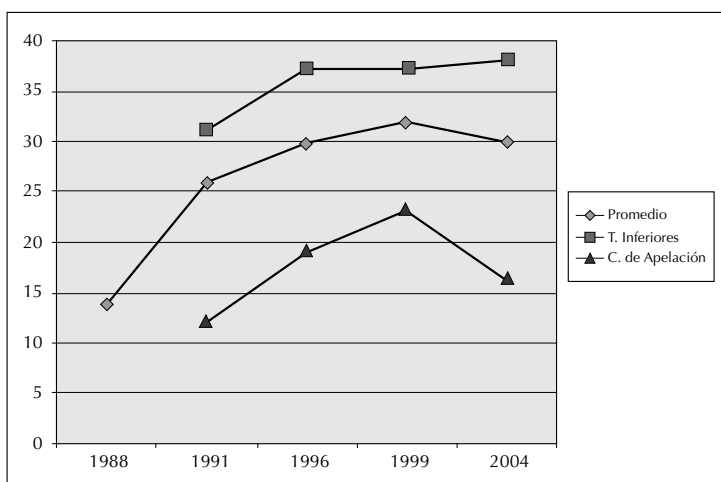
¹³ El término *segregación* ha sido empleado para connotar muchos fenómenos diferentes. En los ámbitos laborales, la segregación basada en el sexo se ha empleado para referirse a las formas físicas y sociales de segregación. Véase BARBARA RESKIN y HEIDI HARTMANN (eds.), *Women's Work, Men's Work: Sex Segregation on the Job*, National Academy Press, Washington, D.C., 1986. Las mediciones de la segregación por sexo en las investigaciones en ciencias sociales han evaluado usualmente el grado de segregación frente a un estándar de integración total. Este lenguaje ha sido tomado de las discusiones de segregación racial por parte de las feministas para describir las diferencias en la presencia de hombres y mujeres en diversos ámbitos institucionales, tales como los cuerpos políticos o educativos. Al igual que otras investigadoras (MACKINSON y GOLDSTEIN, *supra* nota 7; GASTRÓN, *supra* nota 8; KOHEN, *supra* nota 9), utilizaré aquí la expresión *segregación jerárquica o vertical* para significar las diferencias proporcionales en la representación de hombres y mujeres en distintos escalones del Poder Judicial —incluyendo diferencias sobre las distintas instancias de la Magistratura y entre los relatores y oficiales, empleados y jueces. También me referiré a este fenómeno como la brecha de género en la autoridad y la promoción en el empleo. Finalmente, utilizaré la expresión “segregación horizontal” para significar las diferencias entre la presencia proporcional de hombres y mujeres a través de diferentes fueros.

¹⁴ Aunque los términos *sexo* y *género* pueden utilizarse como sinónimos, se

En efecto, mientras que la representación cuantitativa femenina en la Magistratura de Buenos Aires mejoró ostensiblemente entre 1988 y 2003, con aumentos del 5 al 22% en el fuero federal, y del 14 al 33% en el nacional, los mismos datos muestran que en diciembre de 2003 las mujeres continuaban aglutinándose en ciertos fueros y posiciones escalonarias inferiores del empleo judicial y la judicatura.

Por otra parte, según lo exhiben los gráficos 1 y 2, el proceso de incremento en la designación de juezas, observado desde fines de la década del ochenta hasta los primeros años de los noventa, tuvo corta vida. Si bien la cantidad de juezas se incrementó perceptiblemente entre 1988 y 1996, el aumento disminuyó su ritmo a partir de entonces y, en el lustro 1999-2004, el promedio disminuyó, en el Poder Judicial Nacional de Buenos Aires, o creció a un promedio del 2%, en cinco años, en el caso de la Justicia Federal.

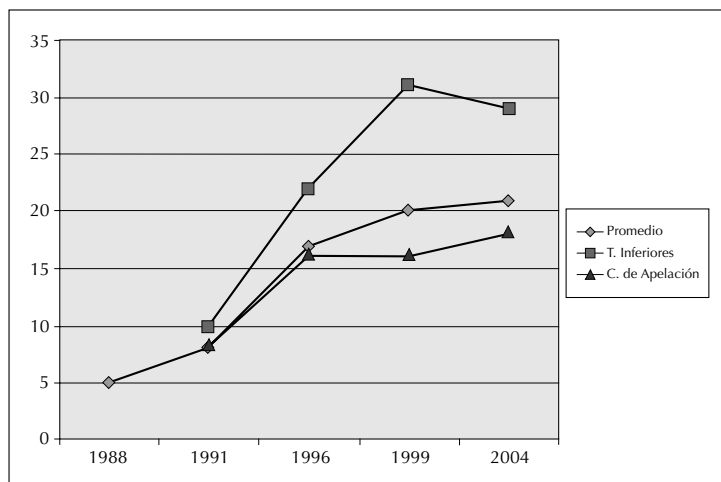
Gráfico 1. Evolución de la participación proporcional de juezas en los tribunales nacionales de Buenos Aires



Fuente: datos provenientes de la tabla 1 del Apéndice.

trata de conceptos diferentes. En el resto de este ensayo, utilizo el término *sexo* para clasificaciones basadas en diferencias biológicas y al comparar las formas en que las organizaciones judiciales y otras instituciones tratan

Gráfico 2. Evolución de la participación proporcional de juezas en los tribunales federales de Buenos Aires



Fuente: datos provenientes de la tabla 2 del Apéndice.

En las páginas que siguen me propongo explorar el papel que cumplen el diseño y la operación de los procedimientos de selección de jueces nacionales y federales de Buenos Aires¹⁵ como fuente posible para la explicación de las tendencias observadas en los gráficos anteriores.

a mujeres y hombres. Por otro lado, utilizo el término *género* para referirme a las diferencias socialmente construidas. Aunque he intentado respetar consistentemente la distinción entre ambos conceptos y su operación funcional, hay ocasiones en las que ambos pueden ser intercambiables. Frente a tales situaciones, utilizo los dos conceptos indistintamente.

¹⁵ Este estudio se limita a los tribunales identificados como “tribunales federales de la Capital Federal” y “tribunales nacionales de la Capital Federal” a los que me referiré como tribunales federales y nacionales de Buenos Aires. Estos tribunales integran el Poder Judicial de la Nación, compuesto por juzgados federales localizados a lo largo del país y juzgados nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. El Poder Judicial de la Nación se integra por una Corte Suprema Nacional, el Consejo de la Magistratura Nacional, y una serie de juzgados de primera instancia y cámaras de apelaciones divididas en diferentes competencias jurisdiccionales. La ciudad de Buenos Aires aloja una serie de juzgados federales, establecidos por la Constitución Argentina de 1853 y otra de juzgados nacionales que son también parte del Poder Judicial de la Nación. Los juzgados federales de

Desde la reforma constitucional de 1994, los procedimientos de selección de magistrados son el resultado de una competencia basada en el mérito ante el Consejo Nacional de la Magistratura para la nominación de ternas entre las cuales el Presidente selecciona a quién designará, previo acuerdo del Senado.¹⁶

La exploración que propongo es empírica, por lo que el resto del ensayo se concentra en datos acerca de la participación y el desempeño de hombres y mujeres en ese nuevo sistema de selección, y en el contexto más amplio de la práctica profesional de la abogacía y la enseñanza del Derecho.

El análisis de los datos que presento sugiere que las restricciones institucionales en la estructura y funcionamiento de los mecanismos de selección, conjuntamente con las condiciones que subyacen al empleo judicial y al ejercicio privado de la profesión, pueden contribuir a desincentivar a las aspirantes mujeres e impactar en el género de los nombramientos resultantes. Tales factores contribuyen, a la vez, a reproducir estructuras existentes de segregación vertical y horizontal por sexo en la Magistratura, perpetuando el típico “techo de cristal”¹⁷ que enfrentan las mujeres en los distintos ámbitos de trabajo.

Los datos sugieren también que el mecanismo meritocrático y supuestamente “neutral en términos de género”,¹⁸ com-

Buenos Aires tienen competencia en materia administrativa, de seguridad social, y sobre ciertas cuestiones en materia civil, comercial y criminal, y los juzgados nacionales sobre materia comercial, civil, laboral y criminal. Un tercer grupo de tribunales funciona también en la Ciudad de Buenos Aires. Estos juzgados fueron creados por el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como consecuencia de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina que reconoció su parcial autonomía y, con ella, su jurisdicción sobre ciertos asuntos locales. Este grupo de juzgados locales de la ciudad, recientemente establecido, no es objeto de este estudio.

¹⁶ Como explico con mayor detalle en la segunda parte de este estudio, el nuevo sistema de selección de jueces fue diseñado para evitar ciertos defectos del sistema anterior, tal como la excesiva influencia partidaria y la carencia de consideraciones sobre los méritos de los candidatos.

¹⁷ Esta expresión es utilizada en el mundo anglosajón para dar cuenta de las restricciones invisibles que impiden el ascenso profesional y laboral de las mujeres en diversos ámbitos institucionales públicos y privados. También ha sido empleado para describir el mismo fenómeno de limitación en el progreso en el empleo o los espacios públicos experimentados por otros grupos desaventajados.

¹⁸ Me refiero aquí al carácter del sistema de selección de jueces, supuestamente neutral al género, ya que el mismo no contempla ninguna previsión formal o algún conjunto de prácticas informales que exhiban la considera-

binado con la falta de compromiso del Poder Ejecutivo y del Senado en el fomento de la nominación de mujeres y con las diferencias en las oportunidades laborales en el mundo del Derecho, contribuye a mantener y ahondar las desigualdades y la segregación en las oportunidades de acceso a la Magistratura y a las instancias más importantes de toma de decisión en el Poder Judicial.

En primer lugar, los datos muestran que el actual procedimiento de selección de los jueces se caracteriza por que la proporción de la participación de las abogadas en ciertos concursos y áreas del Derecho es significativamente inferior a la de los abogados. De otra parte, las definiciones de los méritos se basan en prototipos de éxito profesional que pueden desvalorizar las biografías femeninas y desincentivar a las candidatas. De igual forma, es visible la carencia de prácticas y políticas sensibles a los efectos del género y, finalmente, es manifiesta la sub-representación de las mujeres como Consejeras y el monopolio del poder de los hombres en diversos ámbitos del mecanismo de selección.

En segundo lugar, la información presentada indica que el sistema de selección opera en el contexto de una institución caracterizada por la segregación vertical y horizontal por sexo y por mecanismos de ingreso y prácticas de promoción altamente informales. Los datos insinúan que estas condiciones de trabajo pueden situar en posición de desventaja comparativa las perspectivas profesionales de las mujeres.

En tercer lugar, el mecanismo de selección funciona dentro de un mercado laboral en el cual hombres y mujeres enfrentan desiguales oportunidades y condiciones de empleo.

Finalmente, todas estas características del sistema de selección y del empleo femenino en el Poder Judicial y la práctica profesional de la abogacía se dan en un contexto cultural en el cual la división sexual del trabajo es generalmente percibida como desequilibrada, la posibilidad de prácticas discriminatorias dolosas no puede ser descartada, y las mujeres más educadas permanecen desmovilizadas frente al reclamo de sus derechos.

ción específica del género como una variable relevante en la preferencia de determinados candidatos. Sin embargo, esa neutralidad formal tiene efectos dispares frente a hombres y mujeres como consecuencia del resto de las variables y diseños institucionales a los que se refiere la investigación.

Asumo que el sistema judicial es un espacio privilegiado¹⁹ para iniciar una investigación del rol del género en las instituciones públicas.²⁰ Creo que el Poder Judicial puede ser un actor central en el proceso de democratización de la sociedad y el Estado argentinos y puede desempeñar un rol clave en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por otra parte, una Magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerrequisito fundamental para re-construir la legitimidad democrática del Estado y tornar su organización más receptiva y sensible a la protección de los derechos de las mujeres y a la representación de los intereses, visiones y experiencias femeninas.²¹

¹⁹ DEBORAH R. HENSLEY y JUDITH RESNIK, "Contested Identities: Bias Task Forces and the Obligations of the Legal Profession", en *Ethics in Practice*, DEBORAH RHODE (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2002.

²⁰ Aquí, sólo considero los efectos del género en el trato de aquellos que trabajan dentro del Poder Judicial. Empero, la indagación especial acerca del rol del género en los usuarios y en aquellos que necesitan acceder a la justicia es tan imperativa como la investigación propuesta en este ensayo. La comprensión del rol del género dentro del Poder Judicial es clave para luego encargarse de un mejor estudio de las experiencias de los y las litigantes y los y las usuarias potenciales.

²¹ En este ensayo no considero la discusión normativa sobre la igualdad entre los sexos y la diversidad en el Poder Judicial, ya que abordar la misma está fuera del alcance de la investigación propuesta. Sin embargo, como resulta evidente, el trabajo asume una serie de premisas respecto de los principios de igualdad de género y la diversidad, discutidos por escritoras feministas interesadas sobre: (a) la igualdad de género en las oportunidades de trabajo y en la participación en el poder político (MARTHA NUSSBAUM, *Gender and Social Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000; ANNE PHILLIPS (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1998); y (b) la diversidad de género en las instituciones públicas y privadas como un instrumento para la promoción de la legitimidad democrática (KATE MALLESON, "Justifying Gender Equality on the Bench: Why Difference Won't Do", *Feminist Legal Studies*, vol. 11, N° 1, 2003, pp. 1-24), la importancia de los modelos del rol para las mujeres (ANNE PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Clarendon Press, Oxford, 1995), y la relevancia de tales principios para la promoción concreta de los intereses del colectivo mujeres (VIRGINIA SAPIRO, "When are Interests Interesting? The Problem of Political Representation of Women", en *Feminism and Politics*, ANNE PHILLIPS (ed.), Oxford University Press, Nueva York, 1998) y sus voces (CAROL GILLIGAN, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982). Todos estos argumentos también han sido extensamente explorados desde una perspectiva empírica en el contexto de los debates del feminismo anglosajón respecto de la importancia de la igualdad y la diversidad de género en el Poder Judicial. Véase, por ejemplo, SUSAN SHERRY, "The Gender of Judges", *Law and Inequality*, vol. 4, 1986, p. 160; DARRELL STEFFENSMEIER y CHRIS HERBERT, "Women and Men Policymakers: Does the Judge's Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants?" *Social Forces*, vol. 77, 1999, pp. 1163-1196; MALLESON, *ibid.*

El ensayo se organiza de la siguiente manera: en la primera parte considero algunas de las propuestas explicativas de la situación de las mujeres en el empleo femenino. En la segunda sección presento una serie de datos sobre la participación de las mujeres en ámbitos del Derecho y en el nuevo sistema de selección de jueces. En la última parte ofrezco una breve conclusión con propuestas para futuras investigaciones y debates de reforma.

II. EL EMPLEO FEMENINO. POSIBLES EXPLICACIONES DE LAS DESIGUALDADES ENTRE LOS SEXOS

Las dos últimas décadas han testimoniado un incremento significativo de la participación femenina en todos los niveles y áreas del trabajo fuera del hogar y en el acceso a espacios de poder en ámbitos públicos y privados. Desde diversos paradigmas conceptuales se ha procurado elucidar el rol del género en las nuevas dinámicas de transformación del empleo femenino, caracterizado aún por prácticas de segregación por sexo y diferencias en las oportunidades laborales de hombres y mujeres.

Los intentos de explicación de esas nuevas dinámicas han sido clasificados convencionalmente en tres grupos: las explicaciones centradas en la asimilación, las explicaciones basadas en la idea de elección, o basadas en la oferta,²² y las explicaciones fundadas en la existencia de restricciones, o basadas en la demanda.²³

Partiendo del marco conceptual desarrollado para explicar los cambios experimentados en la fuerza de trabajo estadounidense, a partir de la década del sesenta, por razones de etnia y raza, los proponentes de explicaciones asimilacionistas han descrito el fenómeno de la integración paulatina de las mujeres a la fuerza de trabajo como un proceso de convergencia creciente en el camino hacia la igualdad de oportunidades. Según estas explicaciones, la lenta desaparición de las desigualdades y desventajas en las carreras laborales de

²² Explicaciones denominadas en inglés “*supply side explanations*”.

²³ Explicaciones denominadas en inglés “*demand side explanations*”. Véase KATHLEEN E. HULL y ROBERT NELSON, “Assimilation, Choice, or Constraint? Testing Theories of Gender Differences in the Career of Lawyers”, *Social Forces*, vol. 79, N° 1, 2000, pp. 229-264.

hombres y mujeres llevará al reemplazo de cohortes, y nuevas generaciones de mujeres alcanzarán mayor igualdad en relación con los hombres de su cohorte.²⁴ Las otras dos vertientes explicativas han rechazado la idea de convergencia.

Las teorías basadas en la oferta explican las diferencias experimentadas por hombres y mujeres en el empleo en función de la idea de elección. Dos tipos de argumentos han sido ofrecidos para explicar las decisiones que llevan a las trabajadoras a experimentar diferencias en términos de expectativas y oportunidades laborales con sus pares hombres. En primer lugar se encuentran los proponentes de la teoría del capital humano,²⁵ quienes atribuyen las diferencias de género a variaciones en la educación, las habilidades, el entrenamiento y las experiencias de trabajo. Según esta teoría, las diferencias de género son el resultado de las elecciones conscientes de las mujeres que prefieren invertir en carreras que faciliten el balance entre las demandas domésticas y el trabajo fuera del hogar, excluyéndose a sí mismas de potenciales opciones profesionales y oportunidades más demandantes.

Este tipo de argumento fue utilizado en la renombrada sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *EEOC v. Sears*, en el cual el tribunal resolvió que Roebuck & Co. no había discriminado a sus empleadas al excluirlas de las ventas por comisión. La Corte consideró que

[...] las mujeres tienden a estar más interesadas en los aspectos sociales y cooperativos de los ámbitos de trabajo. Las mujeres tienden a verse a sí mismas como menos competitivas. Ellas ven las ventas no sujetas a comisión de un modo más atractivo que las ventas a comisión, porque así pueden entrar y dejar el trabajo más fácilmente, y porque en el trabajo de ventas no sujeto a comisión hay mayor contacto social, más amabilidad y menos estrés.²⁶

²⁴ WILLIAM T. BIELBY y DENISE D. BIELBY, "I Will Follow Him: Family Ties, Gender-Role Beliefs, and Reluctance to Relocate for a Better Job", *American Journal of Sociology*, vol. 97, N° 5, 1992, pp. 1241-1267.

²⁵ GARY BECKER, *Human Capital*, Columbia University Press, Nueva York, 1964.

²⁶ Caso *EEOC v. Sears, Roebuck & Co.*, 1988, Circuito 7, *Federal Reporter, 2nd Series*, vol. 839, p. 302. Este tipo de explicación se ha identificado, además, como el argumento de la "carencia de interés" o el "desinterés"

Otra rama de las teorías basadas en la oferta ha colocado el acento en explicaciones culturales y de socialización de género, según las cuales las distintas elecciones de hombres y mujeres son el producto de diferencias cognitivas en las mujeres²⁷ o de diferencias en los procesos de socialización de género.²⁸

En contraste con la teoría del capital humano, que no intenta explicar sus asunciones sobre las preferencias de las mujeres y el privilegio que darían a sus familias sobre sus carreras, el feminismo cultural y las explicaciones basadas en las diferencias de socialización han propuesto una exploración del proceso que conduce a la formación de tales preferencias. El feminismo cultural considera que los valores de las mujeres y sus procesos cognitivos acentúan aspectos de la educación vinculados a valores como el cuidado, las características relacionales, la responsabilidad y el trabajo de nutrición,²⁹ aspectos que influyen en las preferencias de las mujeres por el trabajo familiar y el desarrollo de una *ética del cuidado*.³⁰ Además, las teorías basadas en las diferencias de socialización de género hacen hincapié en los procesos mediante los cuales las instituciones sociales inoculan expec-

por Schultz (1989) y consideraciones similares inspiraron la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Gillespie* que al considerar por qué las mujeres maestras “no se interesan” en ser promovidas a posiciones administrativas, entendió que ello se debía a que los “hombres que están prosiguiendo carreras en la educación son a menudo los principales sostenedores económicos de su familia” mientras que las mujeres “con frecuencia han desarrollado tareas de enseñanza para suplir el ingreso familiar y dejarlo cuando éste ya no es necesario o cuando ellas se enfrentan con las exigencias del cuidado de la familia”. Véase Caso *Gillespie v. Board of Education of North Little Rock*, 1981, Distrito del Este de Arkansas, *Federal Supplement*, vol. 528, p. 433 (traducción de la autora). Véase también VICKI SCHULTZ, “Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument”, *Harvard Law Review*, vol. 103, N° 8, 1989, pp. 1749-1843.

²⁷ NANCY CHODOROW, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, University of California Press, Berkeley, 1978; GILLIGAN, *supra* nota 21.

²⁸ MICHAEL BETZ y LENAHA O'CONNELL, “Work Orientations of Males and Females: Exploring the Gender Socialization Approach”, *Sociological Inquiry*, vol. 59, 1989, pp. 318-330.

²⁹ CHODOROW, *supra* nota 27; GILLIGAN, *supra* nota 21.

³⁰ GILLIGAN, *supra* nota 21. Me refiero aquí al concepto “gilliganiano” de cuidado que establece que las mujeres tienen la tendencia a adoptar el punto de vista del otro, y se basa en una comprensión relacional del mundo.

tativas en materia de vestimenta, formas de expresión, personalidad, dedicación y aspiraciones deseables, subrayando las fallas de las mujeres para adquirir las habilidades y la información relevante en un mercado de trabajo dominado por hombres. Teniendo en cuenta tales diferencias, las feministas culturales y los enfoques de socialización de género predicen que al enfrentar el mercado de trabajo y las diversas opciones profesionales, las mujeres preferirán alternativas que les permitan obtener mayor disponibilidad de tiempo para dedicarse a sus familias. Dichas elecciones no son simplemente respuestas racionales, según lo anticipa la teoría del capital humano, sino el resultado de diferencias en los primeros procesos de socialización.

Un tercer grupo de teorías ha intentado explicar las diferencias de género en el empleo a partir de las decisiones de los empleadores o de factores basados en la demanda.³¹ Estas aproximaciones señalan que las diferencias son el resultado de prácticas discriminatorias deliberadas, o de diseños y estructuras organizacionales que fomentan condiciones desiguales en el empleo de hombres y mujeres. Algunas vertientes enfatizan la discriminación basada en los gustos de los empleadores,³² mientras que otras se centran en la idea de discriminación estadística.³³ Un tercer grupo hace hincapié en restricciones institucionales, tales como los diseños de las carreras en el empleo, las prácticas de reclutamiento, los requisitos de ingreso y las políticas de promoción y retención en el empleo.³⁴

La discriminación intencional en contra de las mujeres —una variedad típica de las versiones explicativas basadas en la demanda— ha adoptado diversas formas. En determinadas ocasiones es el resultado de los gustos o aversiones de los empleadores o de quienes tienen a su cargo la contratación de empleados, su evaluación y promoción. En otros casos la discriminación resulta de la creencia de que emplear

³¹ BARBARA RESKIN y PATRICIA ROOS, *Job Queues, Gender Queues: Explaining Women's Inroads Into Male Occupations*, Temple University Press, Filadelfia, 1990.

³² BECKER, *supra* nota 25.

³³ EDMUND PHELPS, "The Statistical Theory of Racism and Sexism", *American Economic Review*, vol. 62, N° 4, 1972, pp. 659-661.

³⁴ RESKIN y ROOS, *supra* nota 31.

mujeres incrementa los costos porque son menos productivas o son empleadas más costosas.³⁵ La toma de decisiones de contratación basada en características potenciales de un grupo determinado se denomina en Estados Unidos discriminación estadística.³⁶ Otra forma de discriminación resulta de las prácticas de acoso sexual; prácticas que pueden explicar las desventajas comparativas de las mujeres en el empleo.³⁷

Finalmente, dentro de las explicaciones basadas en la demanda, existe un conjunto de teorías que ha destacado las restricciones estructurales que operan como una especie de súper esquema cultural que refuerza las desigualdades de género existentes,³⁸ o como barreras concretas al nivel micro en los diseños institucionales y en las reglas y prácticas de contratación, reclutamiento, promoción y de trato como mentor de empleadas mujeres frente a los empleados hombres.³⁹

Quienes consideran preponderante este último tipo de explicación, arguyen que la mayoría de las mujeres trabaja en ambientes ocupacionales diseñados por hombres y estructurados de forma tal que, a pesar de pretender la neutralidad de género, sólo perpetúan las desigualdades.⁴⁰ De hecho, en un sistema en el que los hombres son el molde, las prácticas de reclutamiento, exigencias de ingreso, promoción y políticas de retención, a pesar de su pretendida neutralidad, privilegian a los candidatos sobre las candidatas.

³⁵ PHELPS, *supra* nota 33. La discriminación estadística es consecuencia muchas veces de especulaciones sobre los costos asociados a la maternidad y su reemplazo, o a determinada incapacidad culturalmente adscripta al colectivo femenino para alcanzar los mismos estándares de respeto de las reglas del empleo que los varones.

³⁶ IRENE PADAVIC y BARBARA RESKIN, *Women and Men at Work*, Sage Publications, Londres, 2002.

³⁷ CATHERINE MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987.

³⁸ CECILIA L. RIDGEWAY, "Interaction and the Conservation of Gender Inequality: Considering Employment", *American Sociological Review*, vol. 62, N° 2, 1997, pp. 218-235.

³⁹ PATRICIA ROOS y BARBARA RESKIN, "Institutional Factors Contributing to Sex Segregation in the Workplace", en *Sex Segregation in the Workplace*, BARBARA RESKIN (ed.), National Academy Press, Washington, D.C., 1984, pp. 235-260.

⁴⁰ DEBORAH RHODE, *Gender and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

Es probable que estos tres grupos de explicaciones interactúen y se refuercen recíprocamente para afectar el rol que el género desempeña en las diferentes profesiones. En futuras investigaciones sería necesario evaluar mejor la medida de esas interacciones y dar cuenta de la existencia del proceso de asimilación, de las diferencias de género en el capital humano y del funcionamiento de las distintas formas de discriminación intencional.

En el resto de este ensayo propongo explorar en qué medida algunas de las explicaciones basadas en la demanda desempeñan un rol en los resultados del proceso de selección de jueces a la Magistratura federal y nacional con asiento en Buenos Aires. Indago sobre la existencia de restricciones institucionales, en el diseño y el funcionamiento de los mecanismos de selección de jueces, que podrían desincentivar a las potenciales aspirantes y situar en posición de desventaja a aquellas que eligen participar en el procedimiento de selección. En otras palabras, intento explorar si es posible pensar que el nuevo, y supuestamente neutral, procedimiento de selección de jueces tiene un impacto dispar sobre aspirantes potenciales y reales de distinto sexo.

Si bien considero que se trata de un fenómeno complejo y multicausal, privilegio la exploración de la explicación basada en la demanda porque creo que las preferencias y elecciones de las mujeres, sobre las que se centran las explicaciones basadas en la oferta, son moldeadas por y adaptadas al conjunto de opciones que resultan de las prácticas y diseños institucionales existentes.

III. LAS MUJERES EN EL MUNDO ARGENTINO DEL DERECHO

Los siguientes puntos contienen un detalle de los hallazgos de la investigación. En la primera sección presento una breve descripción de la evolución de la participación cuantitativa de las mujeres en los juzgados federales y nacionales de Buenos Aires desde el año 1988. Dicha información da cuenta de la extensión de la segregación por sexo en la Magistratura. Asimismo, incluyo algunos datos que señalan las importantes diferencias existentes entre la presencia de mujeres en el grupo de potenciales aspirantes y la proporción real de

participación femenina en el mecanismo de selección de jueces. En la segunda sección presento algunos datos que intentan explicar el rol del diseño institucional del mecanismo de selección en el mantenimiento de las diferencias entre hombres y mujeres en la Magistratura. Finalmente, la tercera sección incluye información sobre el mercado de trabajo en general y el contexto en el que las mujeres ejercen las profesiones del Derecho en Buenos Aires.

*A. EL GÉNERO EN LA MAGISTRATURA DE BUENOS AIRES
Y EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE JUECES*

1. Segregación por sexo en la Magistratura de Buenos Aires

Primer hallazgo: la segregación horizontal y vertical por sexo persiste en los juzgados de Buenos Aires

Investigaciones pioneras, como la desarrollada por Mackinson & Goldstein,⁴¹ ya anunciaban que la presencia de mujeres en la Magistratura a finales de los ochenta se caracterizaba por la sub-representación y por la existencia de formas de segregación horizontal y vertical por sexo. En ese momento, las mujeres ocupaban un promedio del 14% de los juzgados nacionales y del 5% de los juzgados federales situados en Buenos Aires.⁴² En la década siguiente, la sub-representación cuantitativa de las mujeres disminuiría sensiblemente. En 1991, constituían el 26 y el 8% de los juzgados nacionales y federales, respectivamente.⁴³ El incremento cuantitativo persistiría y, en 1999, las mujeres presidían el 32% de los juzgados nacionales y el 20% de los federales.⁴⁴

Más de una década después del estudio de Mackinson & Goldstein, diversas investigaciones daban cuenta de la tendencia global al incremento de la proporción de juezas en Buenos Aires. Sin embargo, la segregación horizontal y vertical continúa y datos recientes muestran a las mujeres persistentemente aglutinadas en los cargos más bajos de la ju-

⁴¹ MACKINSON y GOLDSTEIN, *supra* nota 7.

⁴² *Ibid.*

⁴³ GASTRÓN, *supra* nota 8.

⁴⁴ KOHEN, *supra* nota 9.

dicatura y concentradas en ciertos fueros judiciales, como el civil y el laboral.⁴⁵

Las diferencias en la presencia femenina en las cámaras de apelaciones y en los tribunales de primera instancia, parecen expresar una brecha vertical en el acceso de las mujeres a los dos rangos del Poder Judicial. Desde 2003, las mujeres tienen a su cargo, en promedio, casi el 41% de los juzgados nacionales inferiores, pero sólo el 18% de aquellos en el grado de apelación. La misma divergencia se observa en los juzgados federales, donde las juezas presiden el 31% de los tribunales federales inferiores y el 18% de las cámaras federales de apelación. Permanecen, además, agrupadas en los escalafones más bajos de los juzgados, a pesar de representar el 60% del total de empleados judiciales. Estos porcentajes parecen indicar una forma de segregación vertical, fenómeno también conocido como la “brecha de género en la autoridad”⁴⁶ y, usualmente descrito, como el *techo de cristal*.⁴⁷

Los mismos datos presentan la persistencia de la segregación horizontal, un fenómeno que en el Poder Judicial está caracterizado por las significativas diferencias en la participación proporcional de hombres y mujeres en los distintos fueros. Una divergencia del 10% entre el número de mujeres en la Magistratura federal y nacional muestra la segregación a lo largo de los dos fueros jurisdiccionales. Además, las mujeres encabezan el 44% de los juzgados civiles de primera instancia y el 47% de los laborales, pero no ejercen la Magistratura de ningún juzgado del fuero penal-económico y, en el fuero penal, tienen a su cargo un 20% menos de juzgados que en el fuero laboral.

Datos de diciembre de 2003 muestran que un total de 115 jueces federales y 438 nacionales eran empleados por los tribunales federales y nacionales de Buenos Aires. Las tablas 1 y 2 del Apéndice sintetizan la evolución de los datos de las investigaciones disponibles desde el año 1988, además

⁴⁵ GASTRÓN, *supra* nota 8; KOHEN, *supra* nota 9.

⁴⁶ PADAVIC y RESKIN, *supra* nota 36.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, U.S. DEPARTMENT OF LABOR, FEDERAL GLASS CEILING COMMISSION, *Good for Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital*, Washington, D.C., 1995 (discutiendo un estudio financiado por el *Department of Labor's Women's Bureau*).

de mi propia indagación.⁴⁸ Las últimas filas de las tablas mencionadas proporcionan una perspectiva histórica del ritmo de ascenso cuantitativo en la representación femenina en las diversas instancias. Como muestran los gráficos 1 y 2, la participación proporcional de las mujeres en la Magistratura mejoró en los últimos quince años. La cantidad actual de juezas nacionales dobla la de la década previa, y la participación femenina en la Magistratura federal con asiento en Buenos Aires es cuatro veces más alta que la de 1988.

Sin embargo, las mujeres continúan sub-representadas en ciertas áreas y el ritmo de los avances es lento. La tasa de mejoramiento actual es aún más reducida si se considera que, entre 1996 y 2003, la participación proporcional de las mujeres en la Magistratura aumentó sólo un 2 %. El dato se agrava en determinados espacios, como la Corte Suprema, en donde, en diciembre de 2003, ninguna mujer ocupaba un sitio.⁴⁹

Estos números señalan otro fenómeno de interés: el mayor incremento en la participación femenina en la Magistratura tuvo lugar entre 1988 y 1999. El número de juezas creció perceptiblemente hasta 1996 y la expansión perdió ritmo de ese año en adelante. En los cinco años que van de 1999 a 2003 el número promedio de juezas decreció, o creció muy lentamente.

⁴⁸ La tabla está basada en los datos del libro de Mackinson y Goldstein de 1988, *La Magistratura de Buenos Aires* (MACKINSON y GOLDSTEIN, *supra* nota 7); en el primer capítulo de un ensayo de Gastrón de 1991 sobre las juezas, para el cual entrevistó a seis de ellas (GASTRÓN, *supra* nota 8); en el borrador del capítulo introductorio de la tesis doctoral de Kohen, que evalúa las diferencias entre los patrones de decisión de jueces y juezas, citando además varios estudios previos (KOHEN, *supra* nota 9); y en mi revisión de las ediciones de la *Guía Judicial* para los años 1996 y 2004.

⁴⁹ El nombramiento a la Corte Suprema es efectuado por nominación del Presidente con el acuerdo del Senado. Este es un proceso puramente político, que permanece tal como fue establecido por la Constitución de 1853. Desde enero de 2005, dos mujeres ocupan cargos en el máximo tribunal. Sin embargo, las nominaciones de las dos candidatas se produjeron recién a comienzos de 2004, después de que durante el año 2003 dos vacantes abiertas en el superior tribunal fueran ocupadas por candidatos hombres. Ello, a pesar de que, con excepción del breve periodo en que la Jueza Margarita Argúas se desempeñó en la Corte, ninguna mujer había ocupado hasta entonces un sitio en el tribunal supremo durante el resto de la historia del país.

2. DIFERENCIAS EN EL GRUPO DE ASPIRANTES POTENCIALES Y REALES

Segundo hallazgo: se observan significativas diferencias entre los grupos de mujeres aspirantes potenciales y aspirantes reales en los procedimientos de selección de jueces

a. El mecanismo de selección actual de los jueces. Desde el comienzo de la transición democrática, en 1983, las discusiones sobre la calidad de los nombramientos, los ascensos de los jueces, la independencia judicial y la “accountability”⁵⁰ del Poder Judicial, figuraron de manera prominente en los debates públicos sobre las instituciones jurídicas y la reforma judicial en el país. Por otra parte, la selección de jueces y los procedimientos de promoción empleados por las nuevas autoridades democráticas fueron percibidos públicamente como el resultado de intercambios de favores entre los partidos Justicialista y Radical. Ante la ausencia de audiencias públicas de confirmación u otros procedimientos públicos y transparentes, los nombramientos eran secretos. Encuestas como la de Gallup en 1994, en la que el 74% de los encuestados se pronunció a favor de un cambio en los métodos de selección de jueces, dan cuenta de la percepción pública de ilegitimidad de los procedimientos de designación de jueces de la época.⁵¹

La Convención Constituyente de 1994 intentó responder a estas demandas con la introducción de un sistema mixto que combina la selección basada en el mérito con las consideraciones políticas. Así, el Consejo de la Magistratura tiene a su cargo la administración del Poder Judicial de la Nación y la organización de un proceso competitivo con el cual se seleccionan tres candidatos que serán propuestos al Presidente. Éste debe escoger uno y nominarlo para la posición vacante. Después de la nominación, el procedimiento sigue el antiguo mecanismo, requiriendo el acuerdo del Senado.

⁵⁰ Utilizo aquí el vocablo en inglés porque entiendo que las traducciones posibles en español no capturan todos los significados implicados en el concepto anglosajón, que incorpora la idea de responsabilidad ante la comunidad y el electorado, la rendición de cuentas —no necesariamente económicas—, y el compromiso moral y jurídico frente a terceros, entre otros.

⁵¹ DAKOLIAS, *supra* nota 5.

El mecanismo de selección competitivo se aplica para cubrir las vacantes en los juzgados inferiores y superiores, nacionales y federales, con excepción de los cargos de la Corte Suprema, para los cuales permanece vigente el procedimiento de la Constitución de 1953.⁵²

El Consejo de la Magistratura comenzó a funcionar en 1998. Se compone de veinte miembros. Está presidido por el Presidente de la Corte Suprema, cuatro representantes de la Cámara de Diputados, cuatro del Senado, cuatro de los jueces, cuatro de los abogados, un representante del Presidente, un representante de la academia del Derecho y uno de las universidades nacionales. A los miembros se les exigen las mismas calificaciones que a los integrantes de la Corte.⁵³ El Consejo funciona en cuatro comisiones y sus miembros participan en dos o más. La Comisión de Selección de Magistrados (CSM) está a cargo del procedimiento de selección,⁵⁴ originalmente regulado por la Resolución 79/99 del Consejo.⁵⁵

Como se muestra en la nota al pie, el procedimiento dentro del Consejo de la Magistratura tiene diversas etapas de evaluación, incluyendo exámenes escritos y valoración de antecedentes, así como una o más audiencias públicas.⁵⁶

⁵² En el año 2003, el Decreto Presidencial 222/2003 estableció un procedimiento participativo de acuerdo con el cual, tras la nominación presidencial de un candidato, las organizaciones de la sociedad civil pueden presentar sus opiniones a favor o en contra del o la nominado/a. Como una regulación complementaria, el Senado ha reformado además sus reglas y ha hecho pública la audiencia de confirmación para el nombramiento de los Jueces de la Corte Suprema.

⁵³ El artículo 111 de la Constitución argentina requiere que los Jueces de la Corte Suprema sean mayores de 30 años, abogados, con un mínimo de ocho años de experiencia en el ejercicio liberal de la profesión, seis años de ciudadanía argentina y un ingreso anual equivalente a 2000 *pesos fuertes*. Este último requisito ha devenido, por desuso, inaplicable.

⁵⁴ Las comisiones restantes son: la Comisión de Administración, la Comisión de Disciplina y la Comisión de Acusación de Magistrados.

⁵⁵ Varias reformas fueron incorporadas desde el dictado de la resolución mencionada (Resoluciones del Consejo de la Magistratura 1/00, 106/00, 38/00, 155/00, 179/00, 273/00, 350/00 y 42/01) y actualmente el procedimiento completo de nombramientos dentro del Consejo de la Magistratura está dividido en 14 etapas que conducen a la preparación de la lista de tres candidatos presentada al Presidente.

⁵⁶ La selección comienza con la apertura y notificación pública de un procedimiento de selección por la Comisión de Selección de Magistrados (CSM). Las publicaciones anunciando las vacantes y el comienzo del procedimiento de selección son anunciadas en el Boletín Oficial y en un periódico nacio-

b. El sexo de las nominaciones y los nombramientos. La tabla 3 detalla el sexo de todos los nominados por el Consejo y los candidatos nombrados desde que la primera lista de precandidatos fue remitida al Presidente, en julio de 2000.

nal, y son además difundidas en las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados y los juzgados. Inmediatamente después de que el procedimiento se haya iniciado, el CSM nombra a los tres miembros del Jurado *ad-hoc*, compuesto por un juez, un abogado y un profesor de Derecho.

Los interesados presentan su candidatura ante el Consejo de la Magistratura, y una lista de sus nombres se publica en el Boletín Oficial y en un periódico de alcance nacional. Los materiales de solicitud de admisión al procedimiento incluyen el curriculum de los candidatos, evidencia de sus antecedentes laborales, copias de decisiones judiciales en el caso de jueces, publicaciones, diplomas de títulos, y certificados de buena conducta de los Colegios de Abogados para los abogados practicantes. Las objeciones a la composición del Jurado pueden ser presentadas inmediatamente después. La CSM considera las recusaciones a los miembros del Jurado y procede a evaluar las calificaciones de fondo de los candidatos. Este análisis solía estar a cargo del Jurado hasta la reforma implementada en el 2002, que transfirió la responsabilidad de esta evaluación a la CSM según las Resoluciones del Consejo de la Magistratura Nros. 288/02 y 367/0 — que ajustaron el procedimiento de selección a la Ley 25.669 de reforma de la Ley del Consejo de la Magistratura de 1998.

Una vez que la clasificación de los antecedentes de los candidatos tiene lugar, la CSM administra los exámenes escritos elaborados por el Jurado. El Jurado califica los exámenes escritos, y la CSM, a su turno, prepara una lista de mérito, de acuerdo con el desempeño mostrado en la prueba. Los candidatos tienen permitido objetar los resultados de la calificación del Jurado y/o la CSM y, durante el mismo lapso, el público puede objetar a los candidatos. La CSM considera las objeciones, y prepara la lista final con el orden de méritos. A continuación se celebran las entrevistas públicas por parte de la CSM con los seis mejores candidatos, y después de las entrevistas, la CSM expide una opinión legal, preseleccionando un número de candidatos, dependiendo de las vacantes a ser cubiertas y de la situación de los mismos en otros concursos.

Los candidatos preseleccionados son entrevistados por el Consejo de la Magistratura en pleno, en una audiencia abierta y pública. Después de la audiencia, el Consejo remite una lista con los tres candidatos selectos al Presidente. Cuando el concurso está abierto para cubrir más de una vacante, el Consejo prepara otra lista de preselección con el número de candidatos requeridos para sumarse a una nueva lista de tres miembros, compuesta, en subsiguientes rondas, con aquellos candidatos no electos por el Presidente en la primera. El Presidente nombra a un candidato y la confirmación o acuerdo del Senado concluye el procedimiento. Acto seguido, los candidatos deben hacerse cargo de sus funciones.

Las reglas que regulan las diferentes etapas del proceso no contienen ninguna referencia explícita respecto de la consideración especial de ciertas características de los participantes, tales como el sexo, la raza, el origen étnico, la procedencia regional, la religión o la clase. No existen programas explícitos de acción afirmativa con el objetivo de promover la diversidad u otros valores en los nombramientos a la Magistratura. La regulación de la totalidad del procedimiento exhibe un diseño formalmente neutro frente al género de los candidatos. Para más detalles sobre el procedimiento de

Los datos indican que un total de 54 jueces (37 hombres y 17 mujeres) fueron nombrados en los fueros federales y nacionales de Buenos Aires, desde entonces, en 27 concursos que buscaban cubrir 71 vacantes (para 17 de aquellas vacantes, los nominados han sido preseleccionados pero, para diciembre de 2003, el nombramiento se encontraba pendiente). Las candidatas resultaron victoriosas en 13 concursos en los que se disputaba un total de 38 vacantes. Los candidatos triunfaron en 23 concursos, donde compitieron por 54 vacantes. Los números muestran, además, que el 32% de los candidatos nombrados eran mujeres y que obtuvieron el 34% de las vacantes en las que una mujer fue preseleccionada, mientras que los hombres recibieron el 43% de aquellas en las que fueron preseleccionados. Adicionalmente, en 7 de los 27 concursos, todos los candidatos preseleccionados fueron hombres, mientras que en sólo un concurso hubo una preselección de candidatos conformado exclusivamente por mujeres.

c. El grupo de los aspirantes reales. A fin de establecer firmemente la composición de sexo del grupo de aspirantes, examiné 12 concursos para completar 25 vacantes. La tabla 4 presenta evidencia relacionada con los 12 concursos seleccionados al azar. Tales datos proveen detalles adicionales acerca de la presencia femenina en el grupo original de aspirantes en los concursos de la muestra y su desempeño durante las distintas etapas de la competencia. Como indican los números, el grupo original de aspirantes en los 12 concursos coincide con la proporción final de nombramientos femeninos.⁵⁷ En efecto, las mujeres constituían el 36% de los candidatos que ingresaron a los 12 concursos, el 30% de los candidatos que tomaron el examen escrito y el 33% de aquellos que fueron nominados a la Magistratura. Finalmente, el 36% de los nominados que resultaron nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado fueron mujeres.

selección, véase SEBASTIÁN TEDESCHI, DAMIÁN ZAYAT, GONZALO BUENO, SOLEDAD PUJÓ, VERÓNICA TORGOVNIC y RODRIGO ALCALÁ, *Informe sobre el funcionamiento del Consejo de la Magistratura de Argentina*, INECIP, Buenos Aires, 2003.

⁵⁷ No obstante, es importante notar que la muestra no refleja la representación proporcional de mujeres y hombres entre los nombrados, ya que incluye un 50% de las vacantes que fueron obtenidas por mujeres y un 44 % de aquéllas que fueron obtenidas por hombres.

La proporción de mujeres aspirantes y nombradas muestra que su participación en el procedimiento de selección es proporcionalmente menor que la de los hombres, pero existe consistencia en la representación proporcional de las mujeres a través de las etapas de los concursos.

d. El grupo de los aspirantes potenciales. Los números presentados en la sección previa incluyen datos sobre los candidatos que efectivamente participaron en los concursos de selección. Sin embargo, tales datos deben ser evaluados, además, en el contexto de la población de referencia y, particularmente, en el contexto de la presencia proporcional femenina en los ámbitos del Derecho de los que provienen las candidatas. Con ese propósito, los siguientes párrafos suministran datos cuantitativos básicos sobre las mujeres empleadas del Poder Judicial, las graduadas en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA), y las abogadas.

- Las estudiantes de Derecho: los escasos datos disponibles sobre la participación de las mujeres en la educación superior indican que el ingreso de las mujeres a la Facultad de Derecho de la UBA⁵⁸ comenzó en 1920 y se incrementó desde entonces, alcanzando la paridad en la matrícula a finales de los setenta. Una publicación de 1965 de la Oficina Nacional de la Mujer, entidad dependiente del Ministerio de Trabajo,⁵⁹ señala que el ritmo de mejoramiento fue lento al principio y se aceleró significativamente a comienzos de los sesenta.⁶⁰ El gráfico 3 demuestra que la afluencia de mujeres

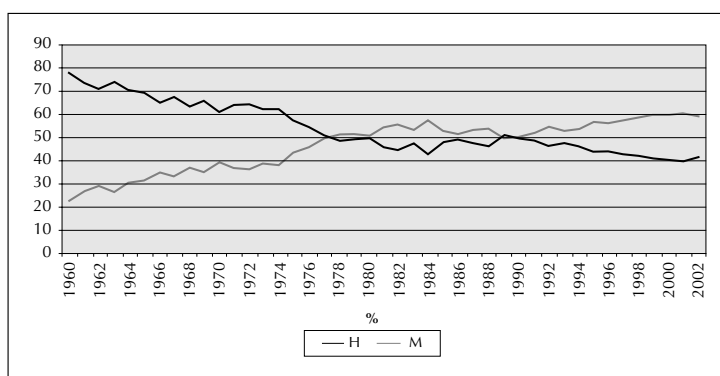
⁵⁸ Existen ocho Facultades de Derecho situadas en Buenos Aires (por orden alfabético, las Facultades de Derecho de las siguientes universidades: Universidad Austral, Universidad de Belgrano, Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Universidad J. F. Kennedy, Universidad de Palermo, Universidad del Salvador, Universidad Torcuato Di Tella). La más antigua y, de acuerdo con Kohen (KOHEN, *supra* nota 9), la que provee actualmente aproximadamente un 70% de los abogados registrados en la matrícula del *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* (de aquí en adelante, el “Colegio de Buenos Aires”) es la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la más populosa y una de las más prestigiosas universidades públicas del país.

⁵⁹ Citada por KOHEN, *supra* nota 9.

⁶⁰ Desde 1920 a 1925 las mujeres representaron sólo un 1,45% de las graduadas de Derecho en la UBA, pero la participación se incrementó significativamente de 1920 a 1965, y por el año 1965 las mujeres graduadas en Derecho en la UBA ya representaban un 19,71% de todos los títulos concedidos durante los 45 años previos.

a la UBA alcanzó un nivel considerable a principios de los setenta. Desde el final de esa década, las mujeres representan la mitad o más de los graduados en la Facultad.

Gráfico 3. Evolución del número de mujeres y hombres graduados en Derecho, 1960-2002



Fuente: *Series Estadísticas N° 5*. Universidad de Buenos Aires.

El gráfico anterior revela la alta tasa de graduadas provenientes de la Facultad de Derecho más importante de la ciudad, en un periodo de casi treinta años, período en el que obtuvieron su diploma más del 70% de los jueces recientemente nombrados.⁶¹ Las mujeres han superado en grandes proporciones a los hombres durante los últimos diez años y, en 2000, representaban el 67% de los estudiantes inscriptos en la UBA. Hay que señalar que la tasa de regularidad de las mujeres es más alta que la de los hombres.⁶²

La presencia de las mujeres en los cursos de postgrado también ha sido significativa. Aunque en Argentina no existe un

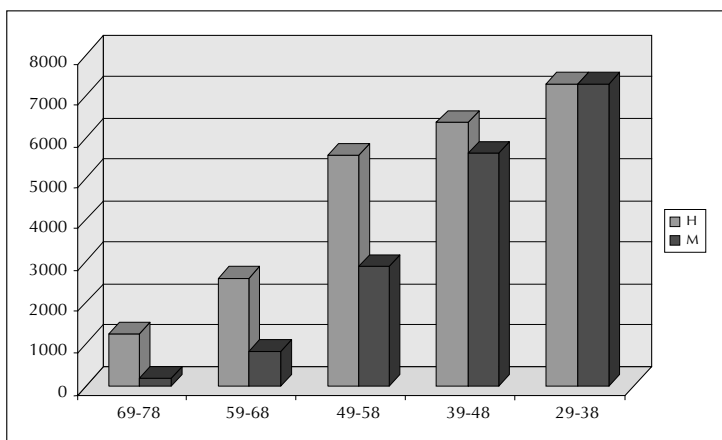
⁶¹ Antes de las reformas emprendidas en 1985 y 1986, el ingreso a la Facultad de Derecho requería un curso de un año de preparación y exámenes de ingreso. Como muestran los números, los exámenes de ingreso no constituían un obstáculo para que las mujeres estudiaran Derecho en la UBA, cuando eran un requisito obligatorio. Más aún, después de su eliminación en 1985, la participación de las mujeres permaneció constante y, de hecho, se incrementó en los últimos años.

⁶² KOHEN, *supra* nota 9.

sistema obligatorio de educación continua, durante los últimos veinte años se ha vuelto habitual que los abogados prosigan estudios de postgrado. Al respecto, Kohen cita un estudio de 1989 que reconoce la presencia sustantiva de mujeres en programas y seminarios de postgrado.⁶³ Adicionalmente, los propios datos de Kohen muestran que, en 1999, las mujeres representaban un 57% de los estudiantes inscriptos en cursos de postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA.⁶⁴

- Las abogadas: los datos sobre la cantidad de abogadas también confirman que las graduadas en Derecho se han sumado al ejercicio liberal de la profesión en una proporción importante desde comienzos de los setenta. En 1999, las mujeres representaban un 42,20% del número total de abogados matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF).⁶⁵ Como resulta evidente en el gráfico 4, las generaciones más jóvenes han alcanzado la paridad en su participación cuantitativa en la profesión.

Gráfico 4. Cantidad de hombres y mujeres matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en 1999



Fuente: Kohen (2003).

⁶³ JUAN CARLOS AGULLA, *El profesor de Derecho: entre la vocación y la profesión*, Cristal, Buenos Aires, 1990.

⁶⁴ KOHEN, *supra* nota 9.

⁶⁵ KOHEN, *supra* nota 9.

En 1999, la proporción de mujeres mayores de 30 años (aquellas que podrían haber aspirado a posiciones en la Magistratura de Buenos Aires) representaba casi un 50% de los matriculados. Sin embargo, los números indican la existencia de una brecha menor entre el número de las promociones más antiguas de mujeres graduadas de la Facultad de Derecho de la UBA y la participación proporcional femenina en el CACFE. Esto podría tener diversas explicaciones: En primer lugar, puede ser el resultado de la preferencia de las mujeres por los empleos judiciales o gubernamentales, para los cuales no es necesario registrarse en la matrícula del Colegio. En segundo lugar, la brecha podría ser consecuencia de la opción de las mujeres graduadas en décadas anteriores de no ejercer el Derecho. En tercer lugar, la brecha podría ser atribuida al hecho de que estudiantes de todas las jurisdicciones del país asisten a la UBA y pueden estar ejerciendo en otras jurisdicciones; como la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, la brecha podría ser el resultado de los altos costos que supone el registro en la matrícula para quienes no ejercen el Derecho de una manera regular. En cualquier caso, el número de mujeres graduadas en Derecho y el de las abogadas, indica que el grupo potencial de aspirantes con diplomas de Derecho es significativamente mayor que el de las aspirantes efectivas al procedimiento de selección judicial.

- Las empleadas del Poder Judicial: las tendencias históricas sobre las empleadas del Poder Judicial son difíciles de rastrear porque no hay datos oficiales disponibles sobre los empleados y la composición de los escalafones inferiores.⁶⁶ En consecuencia, las investigaciones existentes no incluyen datos sobre la proporción de mujeres empleadas en los juzgados federales y nacionales de Buenos Aires.

De acuerdo con la información suministrada por el Consejo de la Magistratura en el año 2003, las mujeres representan un 52% del total de empleados del Poder Judicial de la Nación.⁶⁷ La tabla 5 contiene números desagregados por sexo en los diferentes escalafones, desde enero de 2004. Los por-

⁶⁶ Véase, por ejemplo, GERSHANIK, *supra* nota 5; DAKOLIAS, *supra* nota 5.

⁶⁷ Este número incluye a los jueces y excluye a los empleados del Consejo de la Magistratura.

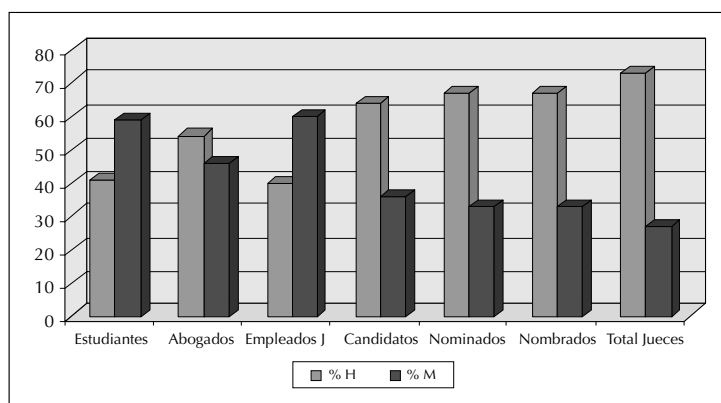
centajes de la última columna de la tabla 5 ejemplifican una típica estructura piramidal, con las mujeres aglutinadas en los escalafones inferiores, donde representan más del 60%, y una reducción proporcional en las posiciones superiores, donde representan alrededor del 40%.

Aunque para evaluar la proporción de mujeres que podrían efectivamente calificar para posiciones en la Magistratura es necesaria información adicional desagregada, los números globales indican que el grupo potencial de empleadas judiciales no refleja el número real de mujeres que participan en los concursos. Además, estos números refuerzan la noción de que cierta forma de segregación jerárquica puede estar impidiendo a las mujeres de los escalones más bajos del sector judicial obtener posiciones superiores.⁶⁸ Esto, repito, es contingente y depende de que una importante proporción de mujeres empleadas en el sector judicial sean abogadas, lo cual no se puede confirmar sin los datos correspondientes.

e. Diferencias en el grupo de aspirantes potenciales, aspirantes reales y nombramientos: la tabla 6 del Apéndice presenta, de manera resumida, números para los diferentes puntos de referencia de la población y muestra las variaciones en la proporción de grupos de aspirantes, mujeres y hombres, considerando los datos sobre mujeres empleadas del sector judicial, abogadas y graduadas en Derecho, presentados en las últimas secciones.

⁶⁸ Como no existe información disponible sobre la profesión de los empleados (i.e., si son abogados, por ejemplo), resulta difícil evaluar en qué medida el total de mujeres situadas en las categorías inferiores podría poseer las calificaciones básicas necesarias para aspirar a la Magistratura. Para establecer con exactitud las diferencias proporcionales, también sería necesario conocer la proporción de hombres empleados que estarían en condiciones de calificar para la Magistratura.

Gráfico 5. Porcentajes de mujeres y hombres en los grupos de aspirantes potenciales, nominados y nombrados.



Fuentes: tablas 1, 2, 3, 4, y 6 del Apéndice.

Aunque los datos mencionados son cifras promedio y aparecen matices cuando se distinguen los juzgados nacionales de los federales, y los de primera instancia de los tribunales de apelación, de manera general parecen indicar la existencia de brechas entre los porcentajes de mujeres aspirantes nombradas y la descripción total de género de los escalones superiores de los juzgados nacionales y federales de Buenos Aires. También se ven brechas entre las mujeres graduadas en Derecho, las abogadas y las empleadas de categorías inferiores.

Como lo anticipé, estos números son preliminares y es necesario contar con información más detallada sobre el porcentaje de empleados judiciales con diplomas de Derecho, los años de experiencia profesional de los candidatos masculinos y femeninos, así como con información más completa sobre la situación de mujeres y hombres en la práctica independiente del Derecho. Sin embargo, las diferencias parecen indicar que las mujeres prefieren no participar en el procedimiento de selección de los jueces en la misma proporción que los aspirantes hombres.

*B. EL GÉNERO EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN
DE LOS JUECES*

*1. Perfiles biográficos de los hombres y las mujeres
designados*

Tercer hallazgo: los jueces designados presentan perfiles biográficos similares, independientemente del sexo. Tales perfiles evidencian una acumulación de tareas y credenciales que podrían ser más difíciles de obtener para las mujeres, especialmente para las de generaciones anteriores

A fin de observar las diferencias potenciales y buscar explicaciones adicionales para el desequilibrio demostrado arriba, examiné los datos biográficos disponibles de todos los jueces nombrados. La tabla 7 contiene un perfil básico de los nombrados, desde 1998, para los tribunales de Buenos Aires. La serie de datos fue construida sobre la base de los currículos presentados por los candidatos al momento de su inscripción.

En general, mujeres y hombres comparten ciertas características básicas: tenían, en promedio, alrededor de 48 años cuando fueron designados, y la mayoría, se graduó de la UBA y continuó con alguna forma de educación de postgrado. Con excepción de ocho candidatos, que estudiaron en el exterior —principalmente en España—, los nombrados han cursado programas y cursos de postgrado en Argentina, y un 20% tiene estudios de doctorado en Derecho. Los estudios de postgrado fueron generalmente emprendidos al mismo tiempo que los nombrados eran empleados de tiempo completo en el Poder Judicial o ejercían su profesión. Adicionalmente, el 93% ha sido previamente profesor de Derecho de medio tiempo. La experiencia docente se superponía, en la mayoría de los casos, a los empleos de tiempo completo y, en muchas ocasiones, los candidatos ocupaban cargos en más de una universidad. En otros casos, los designados eran, simultáneamente, estudiantes de postgrado, empleados judiciales o abogados y profesores. Además, aproximadamente el 80% de los nombrados tenía antecedentes judiciales previos y 43 de los 55 eran empleados judiciales cuando fueron nombrados para la Magistratura. Por otra parte, en la mayoría de

los casos los empleos en el Poder Judicial habían comenzado mientras los candidatos eran estudiantes de Derecho. Además, el 60% se había sumado al Poder Judicial o había sido promovido por gobiernos militares. Finalmente, una gran proporción de los nombrados exhibía un número significativo de contribuciones escritas a la academia del Derecho; así, el 86% había publicado un artículo o un libro.⁶⁹

En los datos desagregados según el sexo, incluidos en la tabla 7, observamos que las diferencias de antecedentes y formación entre hombres y mujeres no son de gran relevancia.⁷⁰ La edad promedio de los nombramientos para ambos sexos es casi la misma, aunque las mujeres nombradas a las cámaras de apelación son, en promedio, mayores. Una proporción similar de los nombrados contaban con antecedentes judiciales o habían sido empleados en el Poder Judicial durante gobiernos militares. Los hombres y mujeres designados eran también equivalentes en cuanto al número promedio de publicaciones o de asistencia a conferencias.

Grandes diferencias, sin embargo, pueden observarse en la proporción de los designados graduados de la UBA o que tenían diplomas doctorales: las mujeres elegidas tenían un 19% más de tesis doctorales, y todas, excepto una, eran graduadas de la UBA; lo mismo ocurre con el porcentaje de casos en los que los candidatos ya se desempeñaban profesionalmente mientras eran estudiantes. Además, vale la pena hacer notar que un número relativamente importante de hombres provenientes del ejercicio privado fueron nombrados a la Magistratura: nueve de los once designados a la Magistratura que no eran empleados del Poder Judicial en el momento de su nombramiento eran hombres.

Estas diferencias, aparentemente menores, adquieren relevancia cuando la información es diferenciada en función

⁶⁹ Obviamente, estos números podrían asombrar a todo lector no familiarizado con las características de la cultura jurídica argentina, y las condiciones bajo las cuales tiene lugar el empleo judicial, la práctica del Derecho, y la academia y la enseñanza del Derecho. Sin embargo, y aunque creo que los números reflejan problemas institucionales profundamente arraigados en la cultura jurídica argentina, no comento aquí tales problemáticas ya que los mismos exceden el objetivo de este trabajo.

⁷⁰ En algunos casos, las diferencias se incrementan en cuanto se observan los números correspondientes a los tribunales de apelación y los juzgados de instancias inferiores.

del destino de los candidatos. Tres de los nueve hombres provenientes del ejercicio liberal del Derecho fueron jueces de primera instancia que habían abandonado el Poder Judicial entre 1987 y 1989 y retornaban para ser jueces de apelación. En contraste, ninguna candidata empleada fuera del Poder Judicial alcanzó el nivel de apelación. La mayoría de las designadas para los tribunales inferiores eran secretarías de primera instancia, mientras que la mayor parte de los hombres designados para dichos tribunales eran secretarios de apelación o fiscales; esto es, empleados de escalafón superior en el sector judicial. Además, en el caso de las mujeres era menos usual que empezaran su trabajo judicial al mismo tiempo que eran estudiantes de Derecho. Finalmente, las mujeres nombradas para los tribunales de apelación exhibían, en promedio, una mayor proporción de tesis doctorales, publicaciones y asistencia a conferencias, y menos experiencia en la enseñanza del Derecho que sus contrapartes hombres.

Los datos disponibles no contienen información relativa al estado civil de los nombrados y, por lo tanto, resulta difícil evaluar en qué medida las credenciales descritas se lograron de manera paralela al proyecto familiar. Resulta también difícil sopesar en qué medida la distribución de cargas domésticas impactó diferencialmente la experiencia profesional en el sector judicial o en el ejercicio liberal de la abogacía de los candidatos. En cualquier caso, las cifras de la tabla 7 sugieren varias conclusiones preliminares: en primer lugar, que las mujeres nombradas han obtenido similares o mejores credenciales que sus contrapartes hombres. Tales credenciales ayudaron a mujeres exitosas a abrirse camino a través de un procedimiento de selección neutral, al menos en su estructura y diseño formal, con respecto al sexo y otras disposiciones desiguales que uno puede presumir que determinan diferentes experiencias de vida para los sexos, tales como la organización familiar o las circunstancias en las que ellas habían obtenido las credenciales mencionadas; en segundo lugar, observamos que los hombres involucrados en el ejercicio liberal de la profesión tienen más probabilidades de obtener una designación judicial que las mujeres; en tercer lugar, vemos que las mujeres nombradas provenían de posiciones en rangos inferiores a los hombres, lo que sugiere que, en una edad promedio similar, los hombres y mujeres se en-

cuentran situados en diferentes escalafones de los empleos judiciales.

2. Credenciales de mérito obtenidas en un sistema altamente informal

Cuarto hallazgo: la evaluación de la formación de los candidatos y sus credenciales de mérito es obtenida en un sistema de contratación y promoción altamente informal, donde hombres y mujeres pueden haber tenido oportunidades desiguales.

Los procedimientos de reclutamiento y ascenso que caracterizan la contratación de secretarios judiciales y empleados de los tribunales de Buenos Aires son altamente informales.⁷¹ Aunque cada fuero ha especificado las reglas para cubrir vacantes y ascender a sus empleados, no existen concursos abiertos o evaluaciones de mérito para los ascensos dentro del Poder Judicial.⁷² Se carece de una política de requisitos para el ingreso y ascenso de la plantilla de empleados no abogados, y es sabido que el nepotismo es práctica común.⁷³ En general, el ingreso se efectúa a través de conocidos personales, recomendaciones e influencias políticas, o después de prestar servicios durante un cierto período como personal voluntario (*meritorios*), una práctica extendida entre los candidatos.⁷⁴ Los ascensos también son percibidos como arbi-

⁷¹ DAKOLIAS, *supra* nota 5.

⁷² Según Gershanik, los ascensos son manejados por las diferentes Cámaras de Apelaciones y los jueces efectúan las nominaciones y seleccionan entre los diferentes nominados. Los jueces nominan a los candidatos de acuerdo con un ranking preparado por cada Cámara de Apelaciones; estos rankings tienen en cuenta las calificaciones obtenidas en exámenes de promoción y los años de servicio, para los cuales no se requirió ninguna competencia de ingreso. Los secretarios son designados por las Cámaras de Apelaciones y los efectivamente designados, que deben cumplir con ciertos requisitos, son también escogidos por los jueces a cargo de los tribunales cuyas vacantes deben completarse. En 1984, la Corte Suprema ordenó un procedimiento de selección abierto para empleados, tras el cual la Corte iba a seleccionar uno de los tres candidatos con mejor desempeño, pero el procedimiento nunca funcionó efectivamente y fue completamente abandonado en 1990 (DAKOLIAS, *supra* nota 5). Véase GERSHANIK, *supra* nota 5.

⁷³ DAKOLIAS, *supra* nota 5.

⁷⁴ Lo mismo ocurre con la contratación de secretarios y empleados en el ámbito de la Corte Suprema. A pesar de la existencia de un procedimiento formalmente regulado, tanto los profesionales como los empleados administrativos son seleccionados por cada uno de los nueve ministros sin ningún procedimiento meritocrático (*ibid.*).

trarios, como lo muestra una encuesta llevada a cabo entre 750 empleados judiciales en 1999, en la cual el 88% de los encuestados consideró que los ascensos eran injustos.⁷⁵

Esta variedad de prácticas informales para la selección y el avance del personal judicial, más el hecho de que un 63% de los nombrados ha iniciado su empleo judicial cuando era estudiante de Derecho —acumulando por ello más años de antigüedad— y un 60% fue contratado o ascendido durante el gobierno militar, sugieren la necesidad de investigar más a fondo el reconocimiento de las credenciales así obtenidas.

Los antecedentes de los candidatos son evaluados mediante una escala de 100 puntos. La experiencia en la práctica privada y en el empleo judicial es evaluada en pie de igualdad por un total de 70 créditos.⁷⁶ Aunque no existe evidencia concreta de que el sistema favorezca el nombramiento de empleados judiciales, un 80% de los jueces nombrados para los tribunales federales y nacionales de Buenos Aires tiene experiencia judicial previa; 43 de los 55 eran empleados judiciales al tiempo del nombramiento.

Estos números deben ser evaluados de acuerdo con las condiciones de contratación y ascenso de los empleados judiciales, y teniendo en cuenta la situación de hombres y mujeres en el ejercicio liberal del Derecho. Con ese propósito, es necesario generar datos sobre los perfiles de los aspirantes y sobre el criterio comparativo aplicado en la calificación de la experiencia profesional y judicial. Con esto se podría evaluar si el grupo de aspirantes se halla compuesto por una gran proporción de empleados judiciales o si existe un sesgo en favor de los candidatos que provienen del interior de la organización judicial.

Como dicha información no se encuentra disponible, es posible sugerir aquí que los parámetros de calificación que valoran el empleo judicial y el ejercicio de la profesión, sin considerar la situación de fondo y las oportunidades pasadas

⁷⁵ LILIANA RAMINGER, “El reloj de la justicia”, en *Poder Judicial, desarrollo económico y competitividad en la Argentina*, ANA PIAGGI DE VANOSI (ed.), Desalma, Buenos Aires, 2000.

⁷⁶ Un máximo de 30 créditos es reconocido por empleo previo, y se eleva a 40 puntos adicionales por la acreditación de conocimientos técnicos en el fuero legal para el cual se concursa la vacante. Véase TEDESCHI *et al.*, *supra* nota 56.

y presentes que hombres y mujeres enfrentan en dichos ámbitos, podrían estar afectando de manera dispar a las diferentes categorías de candidatas⁷⁷ potenciales y reales, tanto dentro como fuera del Poder Judicial.

Ello sería así debido a que el mecanismo vigente se propuso crear una competencia meritocrática a la cual se llega con credenciales obtenidas en estructuras altamente informales y no-meritocráticas.⁷⁸ Además, el mecanismo funcio-

⁷⁷ Además, uno puede pensar que las condiciones del sistema de calificación constituyen una de las razones que explican la autoexclusión de las mujeres de los concursos, en una proporción mucho mayor que la de los hombres, a causa de las probabilidades percibidas o estimadas por parte de las mujeres frente a los candidatos hombres, mayores, reconocidos públicamente y altamente clasificados.

⁷⁸ Es necesario agregar aquí un comentario acerca de otra condición central de la informalidad del ingreso al Poder Judicial y de sus prácticas de promoción. Las instituciones públicas argentinas están todavía marcadas por su larga historia de gobiernos autoritarios. En el Poder Judicial, un importante número de los empleados y jueces han edificado carreras profesionales que comenzaron durante los años en los que la contratación de agentes estatales se hallaba en las manos de oficiales militares o de funcionarios nombrados por ellos. De hecho, la historia de los nombramientos judiciales antes de la reforma de 1994 no siempre se ajustó a los mecanismos constitucionales contemplados en la Constitución de 1853. La historia argentina, con sus reiterados quiebres de la democracia, produjo años de nombramientos judiciales y gubernamentales a cargo de los gobernantes militares y sus delegados. Durante varias décadas del siglo XX, los jueces fueron nombrados y promovidos mediante mecanismos informales y arbitrarios, desplegados por gobiernos *de facto*. Esto ocurrió durante los seis regímenes militares que dominaron el país después de 1930 y, ciertamente, en el último gobierno militar de 1976 a 1983. Durante años, el empleo judicial fue el resultado de la contratación informal y las prácticas de promoción manejadas por funcionarios designados por gobiernos *de facto*.

Como consecuencia de esa situación, en 1983, cuando el ex Presidente Alfonsín asumió el poder de manos de la dictadura militar, ordenó un proceso de reconfirmación de todos los jueces de ese momento.

La renovación del Poder Judicial que había operado silenciosamente durante los años de la dictadura fue uno de los principales puntos de la agenda de transición para el nuevo gobierno. Después de un examen de los antecedentes de los jueces titulares, algunos fueron reconfirmados y a otros les fue denegada la confirmación. No obstante, muchos de los jueces y sus empleados, nombrados durante los gobiernos no-democráticos, todavía ejercen funciones y aun fueron promovidos a posiciones superiores por gobiernos democráticamente elegidos durante los últimos veinte años.

Como los datos presentados lo indican, casi un 60% de los designados por el Consejo se incorporaron a la Magistratura o fueron promovidos durante la última dictadura militar. No existen diferencias entre candidatos y candidatas a este respecto, aunque no es difícil prever que las mujeres hayan experimentado dificultades específicas para acceder al Poder Judicial en condiciones de informalidad como las que imperaban en las dictaduras.

na en un contexto en el que los participantes femeninos y masculinos pueden haber tenido desiguales oportunidades.

3. La situación de las mujeres en la enseñanza del Derecho

Quinto hallazgo: el procedimiento de selección valora el desempeño en la práctica de la enseñanza del Derecho, donde existen importantes diferencias de género

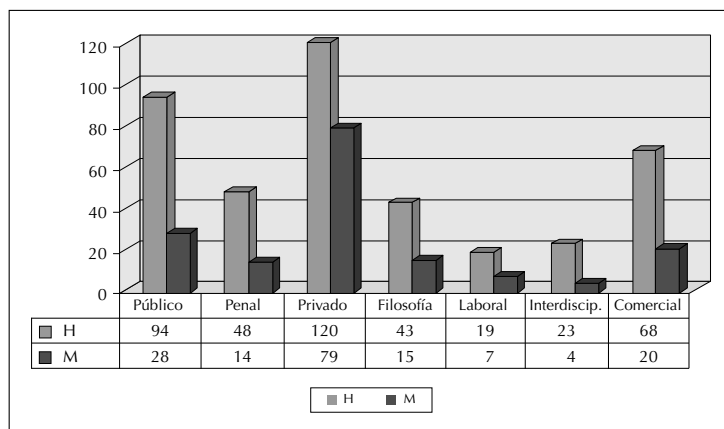
Más del 85% de los nombrados se ha desempeñado como docente de una o más materias y en una o más facultades de Derecho de la ciudad y el país.

Si bien existe poca información sobre la situación de las mujeres en la enseñanza del Derecho, el estudio más comprensivo sobre la educación jurídica en Buenos Aires⁷⁹ muestra que la distribución según el sexo de las posiciones en la Facultad y en las áreas de enseñanza del Derecho era bastante desigual y reproducía los mismos patrones de segregación que observamos en el Poder Judicial. Esto, a pesar de que durante más de una década más del 50% de los graduados en Derecho eran mujeres.

Sin embargo, carecemos de información sobre la historia de la presencia de las mujeres en los escalones inferiores del Poder Judicial para evaluar la medida en que la política de contratación y promoción de los militares afectó diferencialmente a los sexos, y estas aseveraciones son sólo especulativas. Aun así, merecen tenerse en cuenta las condiciones completamente irregulares y arbitrarias bajo las cuales solían tener lugar los nombramientos y promociones militares antes de 1983, pues esto puede servir para dar cuenta parcialmente del lento ascenso de las mujeres a los escalones superiores de la Magistratura durante las décadas previas, así como de la actual existencia de menos perspectivas de alcanzar los escalones superiores por parte de las candidatas, puesto que tales nombramientos militares beneficiaron en mayor medida la designación de hombres en el Poder Judicial.

⁷⁹ AGULLA, *supra* nota 63.

**Gráfico 6. Distribución según el sexo en la Facultad,
por áreas del Derecho**



Fuente: Agulla (1989)

En el 2000, Kohen actualizó los datos de Agulla y encontró que entre 670 profesores regulares, aproximadamente el 72% eran hombres. Como lo refleja la tabla 9, la sub-representación de las mujeres como profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA, especialmente entre los Profesores Titulares, es evidente. Ellas se encuentran aglutinadas en los rangos medios e inferiores de la jerarquía de la Facultad. No existen datos cualitativos disponibles para explicar el fenómeno, como tampoco ha habido una evaluación comparativa de las candidatas mujeres y su desempeño en los concursos que se organizan desde 1995 para regularizar el cuerpo docente de la Facultad.

Los datos se refuerzan cuando se observa la distribución por sexo de las posiciones académicas, los cargos administrativos de dirección y la composición del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho. En el 2000, las mujeres poseían el 2% de los sitios del Consejo; sólo uno de los cuatro representantes de los estudiantes, dos de los ocho representantes de la Facultad y ninguno de los cuatro representantes de los graduados era mujer.⁸⁰

⁸⁰ KOHEN, *supra* nota 9.

De los datos mencionados surgen dos conclusiones: en primer lugar, el hecho de que la enseñanza del Derecho sea una actividad de tiempo parcial, y que los profesores tengan que combinarla con sus empleos de tiempo completo y otras actividades, puede tener un impacto diferencial entre hombres y mujeres. En segundo lugar, los números podrían implicar que si los logros de los candidatos en los ámbitos de la Facultad de Derecho de la UBA son considerados en la evaluación de antecedentes, las diferencias en la participación de las mujeres en los rangos superiores de la academia del Derecho pueden impactar de manera desigual a los candidatos de ambos sexos.

4. Ausencia de consideraciones específicas de género en el procedimiento de selección

Sexto hallazgo: el procedimiento de selección no toma en cuenta consideraciones de género y reproduce los actuales esquemas de segregación

La tabla 11 contiene información sobre el sexo del total de los candidatos nominados y nombrados. Sus cifras dan cuenta de cierta consistencia entre el porcentaje de los hombres y mujeres nominados por el Consejo de la Magistratura y los nombrados por el Presidente. Esto, a su vez, indica que las mujeres, en general, mantienen su participación proporcional en el grupo de nominados y designados. Cuando observamos los números desagregados, sin embargo, se percibe alguna variación entre la proporción de nominaciones y nombramientos que muestra que, en ciertos casos, las instituciones políticas pueden privilegiar a las candidatas. Este es el caso de las cámaras nacionales de apelaciones, en las cuales, aunque las mujeres representaron un 11% de los nominados al nivel de apelación, fueron el 33% de los nombrados. Pero esta predisposición en las ramas políticas no es consistente, ni tampoco es el resultado de un programa explícito para promover la igualdad de género o la diversidad en los nombramientos. En la variación en los nombramientos federales, esta tendencia positiva no se encuentra presente.

Esto indica que, por lo general, ni el mecanismo meritocrático ni los poderes políticos involucrados en la selección de los jueces toman en cuenta consideraciones explícitas de

género para promover a las candidatas mujeres. Este patrón se confirma cuando se observan las posiciones que obtuvieron las candidatas en los diferentes concursos: en todos los concursos, excepto dos (aquellos celebrados para la Cámara Electoral de Apelaciones y los Tribunales Orales en lo Criminal), las candidatas estaban proporcionalmente mejor posicionadas que los hombres, especialmente teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, estaban sub-representadas en el grupo de participantes de los concursos. Si algún tipo de acción afirmativa hubiera desempeñado algún rol en el procedimiento de selección, las mujeres mejor posicionadas en los concursos hubieran podido obtener una proporción mayor de los nombramientos.⁸¹

De otra parte, las diferencias entre los candidatos masculinos y femeninos nombrados en determinados fueros muestran que, al efectuar la nominación, el Consejo no estaba tomando en cuenta la actual composición de género de los tribunales para los cuales se hacían los nombramientos. Por ejemplo, a las mujeres no les iba bien en los concursos para fueros judiciales en donde están sub-representadas. El Consejo de la Magistratura no nominó candidatas a una vacante en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal cuando, al tiempo del nombramiento, sólo 3 de los 13 jueces eran mujeres. Ejemplos similares son provistos por los concursos para la Cámara Electoral de Apelaciones, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal. Después de que dos vacantes en la Cámara Electoral de Apelaciones fueran cubiertas por candidatos hombres, hoy ellos ostentan el monopolio de las bancas de ese organismo. En el caso de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sólo una mujer fue nombrada para una de las tres vacantes abiertas y, en consecuencia, las mujeres tienen un 11% de las posiciones en esa apelación. Finalmente, una situación similar se dio en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal, donde sólo uno de los cuatro jueces titu-

⁸¹ A diferencia de la Ciudad de Buenos Aires y de su sistema judicial local, para el que la Constitución de la Ciudad requiere que las consideraciones de género sean tenidas en cuenta en la integración de la Magistratura municipal.

lares era mujer y resultaron nombrados dos hombres para las posiciones vacantes.

En suma, la distribución según el sexo en las nominaciones y nombramientos, más la ausencia de políticas de acción afirmativa formales o informales, indican que el presente mecanismo de nominación está omitiendo consideraciones explícitas sobre el sexo de los candidatos, sobre la actual composición de los tribunales para los cuales se están efectuando las nominaciones y nombramientos y sobre la proporción total de mujeres en los grupos potenciales y reales de aspirantes. Del mismo modo, las nominaciones y nombramientos parecen estar reproduciendo los patrones de sub-representación y segregación horizontal y vertical del sexo que ya caracteriza a la Magistratura, a pesar de la existencia de algunos casos excepcionales, como la preferencia mostrada por el nombramiento de una candidata a ocupar un sitio en el Tribunal de Casación Penal.

5. La presencia de las mujeres en el órgano de selección de jueces

Sóptimo hallazgo: las mujeres permanecen comparativamente sub-representadas en la composición del Consejo de la Magistratura, la CSM, los jurados de concursos *ad-hoc*, el Ministerio de Justicia y la comisión del Senado a cargo de prestar el acuerdo

Un examen del sexo de los miembros del Consejo de la Magistratura, el CSM, y los jurados *ad-hoc* revela un marcado desequilibrio: las mujeres también están sub-representadas en las esferas políticas responsables del nombramiento y del procedimiento de confirmación de jueces. Ninguna mujer ha encabezado jamás el Ministerio de Justicia y, en diciembre de 2003, no había ninguna mujer a cargo de las Secretarías y Sub-secretarías del Ministerio. La situación en la comisión del Senado a cargo del procedimiento de confirmación es sólo ligeramente mejor: sólo 2 de los 18 miembros de tan crucial comisión son mujeres, a pesar de que las senadoras representan un 35% de la cámara alta.

La tabla 12 refleja la composición de género del Consejo de la Magistratura y sus comités internos. Durante los dos años siguientes a su integración inicial, la representante de

los jueces fue la única mujer entre los 20 comisionados que lo integran. En 2002, la representación femenina había crecido ligeramente, constituyendo el 15% de sus miembros (3 de 17). Aun así, este porcentaje indica una notable brecha en la proporción de mujeres en el Consejo y en los distintos sectores o grupos que los comisionados representan. Las disparidades son inquietantes cuando se mira la composición de género de las diferentes delegaciones.

Aunque las mujeres constituyen más del 50% de los abogados inscriptos en la matrícula del CPACF, hasta el día de hoy nunca han sido electas como sus representantes en el Consejo de la Magistratura. La carencia de representantes femeninas entre los senadores, las facultades de universidades nacionales y la academia del Derecho resulta también evidente. Como consecuencia de la última elección para senadores, en noviembre de 2001, el 35% de los miembros del Senado son mujeres. Sin embargo, ninguna senadora ha sido designada para el Consejo de la Magistratura. Los jueces han mantenido constantemente una representante entre los cuatro sitios que les corresponden y, el único caso de paridad es el de los representantes de la Cámara de Diputados, donde las mujeres constituyen un 50% de la delegación al Consejo de la Magistratura, a pesar de que actualmente sólo ocupan el 29,57% de las bancas en esa Cámara.

Adicionalmente, la tabla 13 muestra que la comisión que tiene a su cargo la selección de los jueces está predominantemente conformada por hombres. Es revelador que sólo en 2002 una mujer se haya sentado en la comisión que tiene a su cargo una de las tareas más importantes del Consejo.

Los datos sobre la integración según el sexo de los jurados *ad-hoc*, encargados de la preparación y calificación del examen tomado a los candidatos, revelan una situación similar: de los 164 que, conforme al Informe Anual 2002 del Consejo de la Magistratura, han decidido los concursos organizados hasta ese día, sólo 19 han sido mujeres (el 11%). En el caso de los concursos para la selección de jueces de Buenos Aires, sólo 7 de los 77 jurados involucrados han sido mujeres. En 20 de los 27 concursos, las mujeres han sido evaluadas por un jurado compuesto totalmente por hombres o por uno en el cual participaba sólo una mujer.

C. EL CONTEXTO: LAS MUJERES EN EL MERCADO DE
TRABAJO Y EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Las condiciones del mercado laboral de Buenos Aires para las mujeres, y para las mujeres abogadas en particular, junto con las prácticas culturales de división social del trabajo, suministran rasgos centrales del súper esquema cultural sexista⁸² en el que opera el proceso de selección de jueces. La información que presento en esta tercera parte muestra las condiciones que subyacen a la presencia femenina en el Poder Judicial y la participación de la mujer en el procedimiento de selección de los jueces.

1. Mujeres trabajadoras y abogadas

Octavo hallazgo: la abogacía ha sido una de las principales elecciones profesionales de las mujeres, aunque persisten grandes diferencias entre las oportunidades de mujeres y hombres en el ejercicio liberal del Derecho

Las últimas décadas del siglo XX testimoniaron un crecimiento cuantitativo sin precedentes y un avance cualitativo en la participación de las mujeres en muchas de las áreas y esferas de las ocupaciones públicas y privadas en la Argentina y en el resto del mundo. Aunque más lentos y erráticos, algunos avances se observaron también en la porción de poder institucional, público y privado que recayó en las mujeres.

En Buenos Aires, la participación femenina en la fuerza de trabajo creció perceptiblemente durante los noventa, y registró un incremento cercano al 40% en los quince años que van de 1986 a 2001.⁸³ Más aún, un ligero progreso fue observado en la participación cuantitativa y cualitativa de las mujeres en las posiciones que involucran el manejo del poder institucional.

Sin embargo, la proporción y la calidad del empleo femenino distan de ser ideales. La calidad general de los trabajos realizados por mujeres es inferior⁸⁴ a la de los trabajos desem-

⁸² RIDGEWAY, *supra* nota 38.

⁸³ MARCELA CERRUTTI, "Economic Reform, Structural Adjustment and Female Participation in the Labor Force in Buenos Aires, Argentina", *World Development*, vol. 28, N° 5, 2000, pp. 879-891.

⁸⁴ Los datos muestran que las mujeres detentan la mayoría de los trabajos

peñados por hombres. De igual forma, la fuerza de trabajo femenina es muy heterogénea.⁸⁵ Estas dos características se explican por la alta tasa de mujeres empleadas en ocupaciones informales⁸⁶ y por la sobre-representación de empleadas femeninas en el servicio doméstico y en otros trabajos no calificados.⁸⁷

En este contexto, el Derecho ha atraído a importantes cantidades de mujeres desde los primeros años de su aparición en el mercado laboral. Los trabajadores profesionales en Buenos Aires representan aproximadamente el 6,9% de la población empleada⁸⁸ y entre aquellos ocupados en actividades profesionales, sólo un tercio son mujeres.⁸⁹ Debido a que no existen datos diferenciados por ocupación acerca de las mujeres profesionales fue necesario revisar las cifras de mujeres graduadas en la UBA en los años 1980, 1990 y 2000 para mostrar el lugar relevante que el Derecho ha ocupado en las opciones profesionales de las mujeres en los últimos veinte años.

Las cifras publicadas por la UBA evidencian que la Facultad de Derecho ha sido la única Facultad con un número mayor de graduadas que de graduados desde 1984.⁹⁰ En 1980, 1990 y 2000, las mujeres abogadas representaron el 18%, el 29% y el 25% de los graduados de la UBA, respectivamente.

La proporción de mujeres profesionales puede no reflejar exactamente la distribución de los graduados de la UBA entre distintas profesiones. Sin embargo, uno podría asumir una correspondencia relativa entre estos números y la presencia

que requieren menor calificación, donde se concentra el 41% del total de la fuerza de trabajo femenino, comparado con el 25% del total de trabajadores hombres (UNICEF, *Situación de las mujeres en Argentina: Serie Análisis Social*, Publicaciones del Indec, Buenos Aires, 2000). Adicionalmente, aunque un 5% del 11% de los profesionales del país son mujeres, las profesionales sólo cuentan con el 32.9% de los empleos más calificados (*ibid.*) y su ingreso es el 35% inferior al de los profesionales hombres.

⁸⁵ ROSALÍA CORTÉS, "Argentina: la calidad del empleo femenino urbano en los noventa", en *¿Más y mejores empleos para las mujeres?*, MARIA ELENA VALENZUELA y GERHARD REINECKE (eds.), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.

⁸⁶ Véase *ibid.* para una discusión comprehensiva sobre la calidad del empleo femenino y definiciones sobre las condiciones del trabajo informal.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ UNICEF, *supra* nota 84.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Series Estadísticas 2000*, Poder Judicial de la Nación, Buenos Aires, 2000.

de las mujeres en la fuerza de trabajo profesional de Buenos Aires. Con estas asunciones, las mujeres en el Derecho representarían, aproximadamente, la cuarta parte de los empleados femeninos relativamente más calificados de Buenos Aires.

Estos datos deben ser considerados teniendo en cuenta las oportunidades que las mujeres tienen en el campo del Derecho. Como ya mencioné, ninguna investigación cualitativa ha indagado sobre las experiencias y el trabajo de las mujeres en el ejercicio de la abogacía. La excepción la constituye el estudio de Fucito,⁹¹ en la Provincia de Buenos Aires, en donde entrevistó 507 abogados y encontró diferencias basadas en el género en la práctica del Derecho; diferencias sustentadas en el hecho de que las mujeres muestran una situación económica más precaria, una clientela más inestable y menor disponibilidad de servicios auxiliares (secretariales y otros recursos) que sus contrapartes masculinas.⁹²

A pesar de que no existe un estudio comparable sobre los abogados de la Ciudad de Buenos Aires, se podría asumir que en diversos aspectos la situación de las mujeres en la Ciudad se asemeja a la descrita por Fucito para la Provincia. Una distinción posible puede ser el hecho de que, a diferencia de la Provincia, la Ciudad de Buenos Aires tiene aproximadamente 40 grandes firmas legales que representan a clien-

⁹¹ Fucito, *supra* nota 4.

⁹² En efecto, los hallazgos de Fucito apuntan a la existencia de llamativas diferencias entre las experiencias de hombres y mujeres que trabajan como abogados independientes —como lo hacen la mayoría de los abogados en la Provincia y en la Ciudad de Buenos Aires. Fucito encontró que el número de abogados propietarios de su oficina duplicaba al de las mujeres, que los abogados que alquilaban un espacio para sus oficinas superaban en número a las abogadas, y que sólo una mujer de cada tres hombres ganaba lo suficiente o podía sufragar los costos del servicio de una secretaria. En contraste, el número de las abogadas que prestaban servicios desde su casa o en lugares prestados duplicaba al de los hombres. Además, Fucito halló que las mujeres estaban menos especializadas en su práctica, a pesar del hecho de que una gran proporción de ellas tenía diplomas y especializaciones de postgrado. Finalmente, Fucito reporta que un 10% de las mujeres dijeron haber experimentado un alto grado de discriminación, y un 40% fue víctima de un bajo grado de discriminación. Pese a que la investigación de Fucito parece ser la más completa llevada a cabo en la Argentina sobre la profesión legal, el estudio es puramente descriptivo, y no contiene una explicación o interpretación que evalúe las causas potenciales de sus hallazgos.

tes corporativos y que desarrollan un trabajo principalmente transaccional.⁹³

En un examen de las ediciones consecutivas de las guías de abogados, tales como *Martindale Hubbel*, o *DAAB (Directorio Argentino de Abogados)*, Kohen encontró que las mujeres estaban comparativamente sub-representadas en las grandes firmas legales corporativas como socias y asociadas *senior*. Comenzando en 1975, Kohen halló que la participación de las mujeres en las grandes firmas de Buenos Aires era casi inexistente en los setenta, y sólo comenzó a aumentar en los noventa. Incluso, en el año 2000, el 82% de los abogados socios y asociados *senior* mayores de 30 años seguían siendo hombres.

Los hallazgos de Fucito y Kohen indican que las mujeres involucradas en el ejercicio privado del Derecho tienen que enfrentar más barreras y dificultades que los hombres. Además, es esperable una brecha significativa de ingresos entre los abogados y las abogadas, similar a la que caracteriza las diferencias salariales para mujeres y hombres en los empleos calificados en todo el mundo.⁹⁴

Estas desigualdades experimentadas por las mujeres en la práctica privada del Derecho pueden afectar sus ya de por sí devaluados antecedentes en el procedimiento de selección de jueces. Pueden también significar su auto-exclusión del concurso debido a las dificultades que experimentan para alcanzar las credenciales necesarias. Más aún, las condiciones globales de mayor desigualdad experimentadas por las mujeres en el mercado laboral, en sentido amplio, pueden tener consecuencias en el desarrollo de sus oportunidades para afianzar una carrera en el Derecho.

⁹³ La dimensión de las firmas corporativas de Derecho experimentó un crecimiento significativo durante los primeros años de la década del noventa, como consecuencia del flujo de inversiones foráneas recibido por la Argentina en aquellos años y ha disminuido su expansión durante la recesión económica de los últimos cinco años. El crecimiento de las grandes firmas de abogados en los noventa puede ser rastreado a través de las consecutivas ediciones de las guías de abogados (i.e., *Martindale Hubbel* o la *DAAB*), donde las firmas anuncian el perfil de sus miembros asociados y abogados socios.

⁹⁴ PADAVIC y RESKIN, *supra* nota 36.

2. Las abogadas en el empleo judicial

Noveno hallazgo: la segregación sexual, la informalidad y la discriminación histórica en el empleo judicial pueden afectar desproporcionadamente a las mujeres

Las características de la inserción laboral de las mujeres en los empleos judiciales afectan el diseño y funcionamiento del sistema de selección de jueces. Aunque no hay información disponible acerca de la proporción de abogadas que escogen realizar su carrera dentro del Poder Judicial, podría asumirse que las dificultades experimentadas por las mujeres en el ejercicio liberal del Derecho —dificultades que sin duda hoy son menores que en el pasado— más algunos de los beneficios atribuidos al empleo judicial (la posibilidad de un trabajo de medio tiempo, vacaciones y licencias generosas, disfrute de beneficios de la seguridad social y estabilidad de por vida) influyen en la preferencia de las mujeres por los empleos judiciales. Si esto fuera cierto, el número de mujeres en el grupo de aspirantes potenciales debe ser evaluado a la luz de esta circunstancia adicional. Este crecimiento en la participación relativa de las mujeres en el grupo de potenciales aspirantes a empleados judiciales podría, a su turno, indicar un nivel importante de oportunidades profesionales dispares entre abogados y abogadas.

En segundo lugar, está la cuestión de la actual segregación sexual del Poder Judicial. Este fenómeno ha sido visto tradicionalmente como perpetuándose a sí mismo.⁹⁵ Rosabeth Moss Kanter fue la primera en sostener que las dinámicas de la segregación y del “tokenismo” (participación minoritaria de las mujeres) contribuían a moldear y reforzar las diferencias entre los sexos en términos de poder institucional y condiciones laborales. Una idea central en la obra de Kanter es la auto-perpetuación del tokenismo que caracteriza las situaciones en que se halla presente un grupo “desproporcionado”⁹⁶ que controla el funcionamiento de la cultura. En

⁹⁵ ROSABETH MOSS KANTER, *Men and Women of the Corporation*, Basic Books, Nueva York, 1977.

⁹⁶ El alcance de la desproporción en el tamaño del grupo puede variar según el ámbito institucional. Como ejemplo, los estudios empíricos desarrollados por Kanter mostraban que en determinados espacios la presencia de mujeres en una proporción inferior al tercio del total de empleados afecta-

tales grupos sobre-representados, los hombres son “dominantes” y las mujeres meros “tokens”.⁹⁷ Mientras las mujeres continúan conformando pequeños grupos en contextos femeninos no tradicionales, la existencia de unas pocas mujeres “token” haría poco “para alterar los estereotipos subyacentes, y las presiones puestas sobre los individuos en minoría harían menos probable una transformación exitosa”.⁹⁸ Por lo tanto, en espacios como los tribunales penales, las cámaras electorales o los tribunales criminales de apelación del Poder Judicial, federal y nacional de Buenos Aires, es poco razonable esperar que la presencia de una minoría femenina pueda jugar un rol relevante e influir en el ascenso de mujeres empleadas y en el éxito de las candidatas a cubrir vacantes.

Además, las muy informales prácticas de reclutamiento y promoción que caracterizan los empleos judiciales pueden adoptar otra característica en el funcionamiento del Poder Judicial, que impactaría de manera dispar a los empleados judiciales mujeres. En efecto, las investigaciones han probado que las mujeres tienden a estar comparativamente desventajadas para obtener ascensos en ámbitos laborales altamente informales y discrecionales.⁹⁹ Además, como las candidatas tienen posiciones comparativamente inferiores a las de los hombres no les iría bien —o podrían anticipar que no les iría bien— cuando compitieran con empleados hombres de alto rango. Ya demostré que los hombres nombrados disfrutaban de un rango comparativamente más alto que el de las mujeres.

Finalmente, un examen de la historia de los avances de la participación de las mujeres en la Magistratura federal y nacional de Buenos Aires, como lo muestran las tablas 1 y 2, revela que, hasta finales de los ochenta, el número de juezas era extremadamente bajo. Tal proporción deviene aún más baja si uno contrasta el número de juezas y los empleados

ba la conducta de las mujeres empleadas mientras que cuando se superaba esa proporción las mujeres modificaban su comportamiento y actitud como grupo.

⁹⁷ MARTA CHAMALLAS, “Structuralist and Cultural Domination Theories Meet Title VII: Some Contemporary Influences”, *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, pp. 2370-2409.

⁹⁸ RHODE, *supra* nota 40, p. 171.

⁹⁹ PADAVIC y RESKIN, *supra* nota 36.

judiciales de alto rango, con la proporción de mujeres graduadas de la Facultad de Derecho de la UBA. Estos números indican que el nivel de discriminación en la Magistratura, en la profesión y en el empleo judicial, hasta finales de los ochenta, era elocuente. De allí que el valor concedido, por el actual procedimiento de selección, a las credenciales obtenidas en momentos en los que la discriminación era tan evidente, implicaría otro mecanismo de perpetuación de discriminaciones pasadas.

3. La división sexual del trabajo doméstico

Décimo hallazgo: las desigualdades en la división sexual del trabajo doméstico pueden estar impactando de manera dispar a los candidatos de ambos sexos

Armonizar los tiempos exigidos por el trabajo y las demandas del hogar es un desafío para cualquiera. Los conflictos entre el trabajo y la familia tienen tres aspectos principales: problemas de tiempo, problemas de horarios, e interferencia de las demandas del trabajo en el hogar o presencia de las demandas familiares en el trabajo cotidiano.¹⁰⁰

Aunque resulta evidente que la estructura familiar y la participación de la fuerza de trabajo femenina se ha modificado dramáticamente en el siglo XX, la transformación de la división sexual del trabajo doméstico no ha ido al mismo ritmo. En Buenos Aires, un estudio del 2000 encontró que aproximadamente el 46% de mujeres, entre los 30 y los 44 años de edad, compartían la responsabilidad de sostener económicamente la familia, pero los hombres, en términos generales, han ido más lentamente al compartir las responsabilidades domésticas.¹⁰¹ Otra reciente indagación cuantitativa en Buenos Aires mostró que las relaciones domésticas actuales no son igualitarias en la distribución de las tareas familiares, incluyendo las actividades destinadas a sostener económicamente a la familia, la crianza de niños y el trabajo doméstico.¹⁰² En consecuencia, las mujeres trabajadoras deben aco-

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ CATALINA WAINERMAN (ed.), *Familia, trabajo y género*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.

¹⁰² MARCELA CERRUTTI, "Trabajo, organización familiar y relaciones de género", en *Familia, trabajo y género*, CATALINA WAINERMAN (ed.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, p. 149.

modarse más a las necesidades de los otros, ajustando sus horarios e intercalando demandas. Esta circunstancia destina a las mujeres a aceptar trabajos de tiempo parcial que pueden no ser ideales para muchas mujeres: en efecto, no todas están en condiciones de mantenerse con medio ingreso, las carreras profesionales raramente permiten la media jornada y los trabajos de tiempo parcial carecen, por lo general, de algunos beneficios sociales y no ofrecen posibilidades de progreso.¹⁰³

Al igual que en otros campos, es probable que las prácticas culturales tradicionales en la división sexual del trabajo estén afectando las oportunidades profesionales de las mujeres y su progreso dentro del Poder Judicial y en el ejercicio liberal de la abogacía. No he hallado evidencia del efecto de estas prácticas culturales en las experiencias de los candidatos reales y potenciales a la Magistratura. Sin embargo, con ánimo especulativo, sugeriría que el contexto del empleo judicial de las mujeres y la práctica liberal del Derecho pueden significar su autoexclusión y condicionar su desempeño y sus opciones en el procedimiento de selección.

CONCLUSIÓN

Resulta probable que la totalidad de los factores considerados por las explicaciones asimilacionistas, las centradas en la demanda y las basadas en la oferta, acerca de la situación de las mujeres en el mundo del trabajo, interactúen recíprocamente, afectando la composición del género de la Magistratura de Buenos Aires, al igual que las perspectivas de las mujeres de avanzar en sus carreras allí. Los datos presentados hasta aquí sugieren, por lo menos, la relevancia de continuar explorando el rol del diseño institucional del mecanismo de selección de jueces y el contexto de su funcionamiento en la explicación de la persistencia de la segregación en los tribunales de Buenos Aires.

Proponentes y detractores de los mecanismos de selección basados en el mérito, como el que opera el Consejo de la Magistratura, han discutido la relación entre los sistemas meri-

¹⁰³ JOAN WILLIAMS, *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What to Do about It*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

tocráticos y la igualdad y diversidad de género en la Magistratura. En los Estados Unidos, donde han tenido lugar numerosos debates acerca de sistemas alternativos, algunos sectores han sospechado la existencia de sesgos en contra de las mujeres y las minorías, que serían fomentados por los procedimientos basados en el mérito.¹⁰⁴ En contraste, otros han argüido que los sistemas que incluyen fases meritocráticas promoverían mejor las candidaturas de mujeres y minorías.¹⁰⁵ En teoría, ambas hipótesis parecen ser plausibles. Por un lado, uno puede imaginar razonablemente que una competencia que se basa en el mérito, celebrada por un cuerpo de electores presidido por hombres y definido de acuerdo con la concepción masculina del éxito en la Magistratura y con los estereotipos convencionales sobre el juez ideal, impedirían el acceso de las mujeres a la Magistratura. Por otro lado, las mujeres y los candidatos de las minorías podrían tener mayores oportunidades de éxito en procedimientos formalmente estructurados, donde serían desalentadas las “viejas redes de amigos varones”¹⁰⁶ y otras prácticas informales que benefician a los candidatos masculinos. En este último caso, el argumento asume que las candidatas tendrían menos posibilidades en sistemas puramente políticos, donde las diferencias de género en cuanto a las redes de contactos sociales y amistades políticas juegan un rol fundamental.¹⁰⁷

Sin embargo, éstas son aserciones fácticas y la probabilidad de correlación entre el sistema de selección y el género de la Magistratura debe ser explorada empíricamente. En la práctica, si un determinado sistema de selección puede promover o impedir la diversidad de sexo y la segregación de la Magistratura, será una cuestión altamente contingente, dependiendo de algunos rasgos del diseño del sistema, pero también, y fundamentalmente, de las concretas condiciones de contexto en las que él opera.

¹⁰⁴ HENRY R. GLICK y CRAIG F. EMMERT, “Selection System and Judicial Characteristics: The Recruitment of State Supreme Court Judges”, *Judicature*, vol. 70, 1987, pp. 228-235.

¹⁰⁵ KEVIN ESTERLING y SETH ANDERSEN (eds.), “Diversity and the Judicial Merit Selection Process: A Statistical Report”, en *Research on Judicial Selection*, American Judicature Society, Chicago, 1999.

¹⁰⁶ En inglés denominadas “old boys networks”.

¹⁰⁷ PADAVIC y RESKIN, *supra* nota 36.

En el caso concreto del mecanismo de selección de Buenos Aires, los hallazgos presentados junto con las características contextuales de las profesiones del Derecho indican que ciertos resultados del nuevo sistema de selección impactan de manera diferenciada en los hombres y las mujeres del Derecho.

A pesar de que los datos presentados en este trabajo son sólo cuantitativos y las conclusiones son necesariamente exploratorias,¹⁰⁸ uno de los principales hallazgos indica que

¹⁰⁸ Las investigaciones empíricas sobre las instituciones de Argentina y sobre su sistema judicial son, en general, difíciles si no imposibles de llevar a cabo. Obstáculos formales e informales evitan un acceso fácil a la información pública para los investigadores (BERGOGLIO, *supra* nota 3). Estas barreras para reunir datos detallados implican que la información presentada es mayormente cuantitativa y, por tanto, resulta adecuada sólo para proveer una evidencia preliminar en apoyo del argumento del ensayo. Como consecuencia de ello, los hallazgos permanecen tentativos e intentan generar una base para la identificación de estructuras y temas que puedan informar una investigación más comprehensiva y representativa en el futuro. En investigaciones futuras, una combinación de técnicas cualitativas y cuantitativas, incluyendo los métodos de entrevista testimonial, encuestas y enfoques de grupos, podrían balancear mejor “la necesidad de datos cuantitativos ‘duros,’ que puedan fielmente retratar la naturaleza y extensión (si existe alguna) de los prejuicios de género [...] [con] el deseo de dar voz a los hombres y mujeres que están centralmente involucrados en la vida [de las cortes]”. Véase DEBORAH R. HENSLEY, “Studying Gender Bias in the Courts: Stories and Statistics”, *Stanford Law Review*, vol. 45, 1993, p. 2187 (traducción de la autora). Una investigación cualitativa adicional proveería información para una mejor narración de las historias, experiencias y percepciones, que acompañen los números compilados, al igual que sustenten los hallazgos clave, tal como la comparativamente gran autoexclusión de las mujeres en los mecanismos de selección, o las especulaciones sobre la desigualdad en la división sexual del trabajo familiar dentro de las perspectivas de los candidatos.

Futuras investigaciones deberían basarse en técnicas cualitativas y técnicas cuantitativas más sofisticadas. Se necesitaría suministrar información adicional sobre la discriminación intencional y otras cuestiones políticas centrales detrás de las reales consideraciones de los nombrados, y sobre el peso que le dieron los miembros del jurado y del comité de selección al sexo de los candidatos en determinados estadios del procedimiento. También, datos demográficos más detallados acerca de los candidatos y los nombrados serían centrales para desplegar análisis estadísticos sobre las preferencias en el ingreso a la carrera, el desempeño durante la misma y las oportunidades de los participantes en los procedimientos de selección. Además de los resultados del sistema, donde uno podría controlar, por ejemplo, las diferencias en los logros educacionales, las elecciones de carrera, la pertenencia social y de clase y las circunstancias familiares. Así fue hecho en los estudios desarrollados por Hull & Nelson y Kornhauser & Revesz. Véase HULL y NELSON, *supra* nota 23; LEWIS A. KORNHAUSER y RICHARD L. REVESZ, “Legal Education and Entry to the Legal Profession: The Role of Race, Gender, and Educational Debt”, *New York University Law Review*,

el cambio hacia un procedimiento de selección mixto, meritocrático y político, sin ninguna consideración particular sobre la necesidad de promover la igualdad de género en la Magistratura, puede haber contribuido a desacelerar el proceso de desagregación por sexo del Poder Judicial, iniciado en los últimos años de funcionamiento del sistema político de selección.

Este fenómeno es decepcionante, especialmente si se tiene en cuenta que uno de los objetivos de la reforma fue mejorar la calidad del Poder Judicial, para lo cual era indispensable una Magistratura más igualitaria y diversa. La lección que deja esta experiencia es que los arreglos institucionales que no tengan en cuenta invisibles y arraigadas prácticas discriminatorias contribuyen a la perpetuación de la desigualdad de las mujeres.

Otra importante conclusión es la necesidad de desarrollar indicadores oficiales más sofisticados e investigación cualitativa y cuantitativa adecuada acerca de las organizaciones judiciales y sus protagonistas y acerca de las mujeres y el Derecho en la Argentina. Tales investigaciones, así como la generación institucionalizada de datos e indicadores desagregados según el sexo sobre jueces, secretarios y empleados del Poder Judicial, es requisito indispensable para poder emprender las reformas institucionales. Sugiero que las reformas deberían considerar la formalización de las prácticas de contratación, evaluación y promoción, tanto para las posiciones letradas como para las administrativas, la elaboración de políticas de acción afirmativa en diferentes niveles de las carreras profesionales del Derecho y la introducción de servicios de jardín maternal para empleados del Poder Judicial.

En el ámbito particular del proceso de selección de los jueces, la investigación indica la necesidad de explorar y formular un programa formal de acción afirmativa¹⁰⁹ para pro-

vol. 70, 1995, pp. 829-964. Finalmente, también sería muy útil obtener datos sobre las negociaciones detrás de las nominaciones del Consejo de la Magistratura, o los procedimientos internos dentro del Ministerio de Justicia que preceden la designación presidencial de los candidatos y el procedimiento de acuerdo ante el Senado. Esta información sería de relevancia para determinar el rol que el género juega en las etapas políticas del procedimiento de selección.

¹⁰⁹ Este programa podría fundamentarse en las cláusulas constitucionales que sustentan las políticas de acción afirmativa para las instituciones po-

mover el aumento de la presencia femenina en la composición del Consejo, la CSM y los jurados *ad-hoc*. Además plantea la necesaria consideración del sexo de los candidatos y de las circunstancias y el contexto de sus carreras en las diferentes etapas del procedimiento de selección. Un firme compromiso político para promover nombramientos femeninos por parte del Poder Ejecutivo y del Senado sería fundamental. Las políticas de acción afirmativa deberían tener en cuenta, además, la presente composición de género del fuero judicial para el cual las vacantes estén abiertas, con el objetivo de balancear los ambientes hiper-segregados, tales como los tribunales electorales y ciertos tribunales criminales y federales.

Es necesario conocer y asimilar experiencias de otras jurisdicciones, implementadas para promover a las candidatas, y desarrollar políticas pro-activas de mayor alcance como la que consagra, por ejemplo, la *Unfinished Agenda: Women in the Legal Profession*.¹¹⁰ En este documento, elaborado por la Comisión sobre la Mujer en la Profesión de la Asociación de Abogados Estadounidenses, se presenta una agenda comprehensiva para promover transformaciones igualitarias en la abogacía, el sistema de justicia y la enseñanza del Derecho. Es necesario concebir propuestas que contemplen políticas de evaluación, puntos de referencia y entrenamiento de los jueces y los profesionales, así como liderazgo y redes de oportunidades especialmente diseñadas para las mujeres. De igual forma, propuestas sobre la calidad de vida e iniciativas trabajo-familia, incluyendo servicios de atención y programas de mentoreo de mujeres.

Las juezas y abogadas tienen un importante rol que desempeñar al reclamar y crear las condiciones para el desarrollo de más investigaciones¹¹¹ y para la implementación de

líticas y en el criterio de igualdad de oportunidades en el empleo, tal como el que fundamenta políticas similares en otros países, como la *Equal Opportunity in Employment Act* ("Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo") en los Estados Unidos, sólo por mencionar un modelo establecido hace tiempo.

¹¹⁰ DEBORAH RHODE, *The Unfinished Agenda: Women and The Legal Profession*, American Bar Association, Chicago, 2001.

¹¹¹ Un grupo de interesantes proyectos de recolección de datos sobre el rol del género en los litigantes, la composición de los tribunales y la profesión de abogados, comenzó en Estados Unidos en los años ochenta con la creación de un número de *Gender Bias Task Forces* (Grupos de Tareas sobre Prejuicios de Género) que surgieron de la articulación de esfuerzos de dos orga-

reformas. Instituciones como la Asociación de Mujeres Juezas y otras organizaciones de abogadas o grupos dentro de las asociaciones de abogados de la ciudad, podrían conducir los esfuerzos para coordinar las demandas y la implementación de las iniciativas concretas, e incluir estos asuntos en las agendas, dominadas por hombres, dentro de la profesión, y en los proyectos de reforma judicial.

Una propuesta final supone reconsiderar las actuales calificaciones establecidas para los jueces y empleados judiciales, incluyendo una seria evaluación del frustrante sistema actual de definición y valoración de méritos. El sistema crea incentivos para que los empleados judiciales y abogados acumulen un conjunto de méritos que nadie —ni hombres, ni mujeres— puede reunir sin un gran sacrificio en la calidad y en el compromiso de trabajo. Necesitamos una Magistratura

nizaciones de mujeres: el *NOW Legal Defense and Education Fund* (Fondo de Educación y Defensa Legal NOW), y la —por entonces recientemente creada— *National Association of Women Judges* (Asociación Nacional de Juezas). En las dos décadas que siguieron al primer Grupo de Tareas sobre Prejuicios de Género organizado en Nueva Jersey, se desarrolló un movimiento de envergadura nacional en el seno de los Estados y del sistema federal, con el objetivo de descubrir y erradicar los prejuicios de género del sistema de justicia de EE.UU. Véase HENSLER y RESNIK, *supra* nota 19. Para el año 2002 cerca de sesenta grupos de tareas habían desarrollado estudios sobre prejuicios de género en los Estados y en el Poder Judicial federal, indagando acerca de los “efectos del género sobre la aplicación de doctrina sustantiva, la interacción en las salas de los tribunales, y el proceso, tanto formal como informal, de toma de decisiones jurídicas”. Véase 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*, reimpreso en *Southern California Law Review*, vol. 67, 1994, p. 763 (traducción de la autora). Los Grupos de Tareas sobre Prejuicios de Género fueron ejemplos de construcción de esfuerzos en forma de coalición, en los que abogados y abogadas, jueces, académicos y estudiantes produjeron exitosamente una compilación de informes evidenciando los prejuicios y la discriminación de género o, simplemente, el efecto del género sobre el sistema de justicia. Mediante la utilización de métodos de las ciencias sociales como métodos tradicionales de interpretación legal, estos Grupos examinaron los efectos del género en la composición demográfica de la Magistratura, los Colegios de Abogados, los empleados de los tribunales; las prácticas de nombramiento y contratación de empleados por parte de los tribunales y las firmas de abogados; las interacciones en las salas de los tribunales y el trato brindado a los abogados y las abogadas, las partes, los testigos, los jurados, los jueces y empleados de los tribunales; y estudiaron los efectos del género en una variedad de áreas del Derecho. Véase HENSLER y RESNIK, *supra* nota 19. Este movimiento proporciona un ejemplo interesante para inspirar futuras investigaciones sobre el género del Poder Judicial y el Derecho en Buenos Aires.

más diversa en términos de género, pero también un Poder Judicial racional, compuesto por jueces y empleados judiciales dedicados, y no por individuos obligados a trabajar en sus despachos, estudiar doctorados, enseñar en varias universidades e investigar en varios centros para poder satisfacer los prerequisites de ascenso en la Magistratura.

Tabla 1. Jueces nacionales de Buenos Aires, según sexo. 1988-2003

Fuero	Instancia	1988 ⁽¹⁾		1991 ⁽²⁾		1996 ⁽³⁾		1999 ⁽⁴⁾		2003 ⁽⁵⁾		Vacantes ¹¹²
		M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	
Civil	Primera Instancia	85	11	67	34	67	42	60	40	62	48	2 ¹¹³
	Civil-Patrimonial y Juzgados de Familia											
	Apelación			34	5	29	9	30	9	23	6	9
Comercial	Primera Instancia	36	5	21	4	19	6	19	7	18	7	1
	Apelación			11	3	12	3	12	3	11	3	1
Penal	Primera Instancia	14	1	6	1	8	0	8	0	8	0	0
	Tribunal Oral			0	0	6	2	6	2	8	2	0
Económico	Apelación			6	0	6	0	6	0	6	0	0
Criminal y correccional	Primera Instancia	52	12	52	11	49	21	48	21	39	24	7
	Tribunal Oral			0	0	72	19	59	21	45	10	5
	Apelación			20	3	15	0	—	—	12	0	4

¹¹² Como la edición 2004 de la Guía Judicial se refiere con gran detalle a los juzgados vacantes, la tercera columna contiene números de las vacantes que permanecen, temporalmente, sin cubrir. La información sobre vacantes no estaba disponible para años anteriores.

¹¹³ De los 24 juzgados civiles con especial competencia en Derecho de Familia, 11 están a cargo de hombres y 13 de mujeres.

Fuero	Instancia	1988 ⁽¹⁾		1991 ⁽²⁾		1996 ⁽³⁾		1999 ⁽⁴⁾		2003 ⁽⁵⁾		Vacantes
		M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	
Laboral	Primera Instancia	21	4	30	31	39	41	42	38	42	38	0
	Apelación			22	2	20	4	24	6	20	7	3
Total		208	33	269	94	342	147	314	147	294	145	32
Porcentajes		86%	14%	64%	26%	70%	30%	68%	32%	63%	30%	7%
										67%(*)	33%(*)	
Porcentajes												
Primera				69%	31%	73%	37%	63%	37%	57%	40%	3%
Instancia										59%(*)	41%(*)	
Porcentajes												
Cámaras de				88%	12%	81%	19%	67%	23%	72%	16%	12%
Apelaciones										82%(*)	18%(*)	

Fuentes:

⁽¹⁾ MACKINSON Y GOLDSTEIN, *supra* nota 7. Los datos no distinguen entre juzgados de primera y segunda instancia.

⁽²⁾ GASTRÓN, *supra* nota 8. En 1991, los juzgados de familia aún no habían sido creados.

⁽³⁾ Guía Judicial, edición de 1996. Ministerio de Justicia.

⁽⁴⁾ KOHEN, *supra* nota 9.

⁽⁵⁾ Guía Judicial, edición de 2003. Ministerio de Justicia.

(*) Porcentaje sin considerar las posiciones vacantes.

Tabla 2. Jueces federales de Buenos Aires, según sexo

Fuero	Instancia	1988 ⁽¹⁾		1991 ⁽²⁾		1996 ⁽³⁾		1999 ⁽⁴⁾		2003 ⁽⁵⁾		Vacantes 2 ¹¹⁴
		M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	
Corte Suprema de Justicia de la Nación		5	0	9	0	9	0	9	0	7	0	
Cámara Nacional de Casación Penal		0	0	0	0	10	3	9	3	8	4	0
Seguridad Social	Primera Instancia Apelación	46	3	0	0	0	0	4	6	5	5	0
Penal Federal	Primera Instancia Cámaras de Apelación Penal Tribunales Orales			3	2	11	1	11	1	7	1	4
				6	0	5	1	5	1	4	1	1
				0	0	15	2	15	2	15	2	1
Federal Civil y Comercial	Primera Instancia Apelación			10	0	11	0	11	0	11	0	0
				8	1	7	1	8	1	8	2	2

¹¹⁴ En diciembre de 2003 y en febrero de 2004, el Presidente Kirchner nominó dos mujeres para ocupar los sillones vacantes en la Corte Suprema.

Fuero	Instancia	1988 ⁽¹⁾		1991 ⁽²⁾		1996 ⁽³⁾		1999 ⁽⁴⁾		2003 ⁽⁵⁾		Vacantes
		M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	
Contencioso-administrativo	Primera Instancia Apelación			5 9	0 1	5 12	7 3	5 12	7 3	5 11	7 3	0 1
Total		51	3	58	5	93	19	97	25	89	26	11
Porcentajes Total		95%	5%	90%	8%	83%	17%	80%	20%	71% 78%	20% 22%(*)	9%
Porcentajes Juzgados de Primera Instancia				90%	10%	78%	22%	69%	31%	60% 68%(*)	27% 31%(*)	13%
Porcentajes Cámaras de Apelaciones				92%	8%	84%	16%	84%	16%	78% 82%(*)	16% 18%(*)	6%

Fuentes:

- ⁽¹⁾ MACKINSON Y GOLDSTEIN, *supra* nota 7. Los datos no distinguen entre tipos y niveles de los tribunales federales.
- ⁽²⁾ GASTRÓN, *supra* nota 8. Cuando los números son 0 para ambos sexos es porque los juzgados no existían en ese tiempo.
- ⁽³⁾ Guía Judicial, edición de 1996.
- ⁽⁴⁾ KOHEN, *supra* nota 9.
- ⁽⁵⁾ Guía Judicial, edición de 2003.
- (*) Porcentaje sin considerar las posiciones vacantes.

Tabla 3. Designados y jueces nombrados a la Magistratura federal y nacional de Buenos Aires. 2000-2003

	Concurso N°	Fuero Judicial	Jurado		Vacantes	Lista de preselección de candidatos		Lista de candidatos	Nominados		Nombrados	
			M	F		M	F		M	F	M	F
1	8	Fuero Comercial	2	1	4	5	1	Primera	3	0	1	0
								Segunda				
								Tercera				
								Cuarta				
2	9	Fuero Penal	3	0	3	3	2	Primera	1	2	1	0
								Segunda				
								Tercera				
								Primera				
3	11	Cámara Electoral de Apelaciones	2	1	2	4	0	Segunda	3	0	1	0
								Primera				
								Segunda				
								Primera				
4	13	Fuero Civil	3	0	6	3	5	Segunda	2	1	1	0
								Tercera				
								Cuarta				
								Quinta				
								Sexta				

	Concurso N°	Fuero Judicial	Jurado		Vacantes	Lista de preselección de candidatos		Lista de candidatos	Nominados		Nombrados	
			M	F		M	F		M	F	M	F
5	15	Juzgados Federales Criminales y Correccionales	2	1	1	3	0	Primera	3	0	1	0
6	16	TO Menores	3	0	2	3	1	Primera	2	1	1	0
7	17	Fuero Civil (Familia)	3	0	1	1	2	Segunda	2	1	0	1
8	18	Fuero Civil	3	0	2	0	4	Primera	1	2	1	0
9	19	Laboral C, Apelaciones	2	1	3	4	1	Segunda	0	2	0	1
10	20	Cámaras Federales de Apelación de la Seguridad Social	3	0	1	2	1	Primera	2	1	1	0
11	21	Fuero Laboral	3	0	5	4	3	Primera	3	0	1	0
								Segunda	2	1	1	0
								Tercera	2	1	1	0
								Cuarta	1	2	1	0
								Quinta	0	3	0	1

	Concurso N°	Fuero Judicial	Jurado		Vacantes	Lista de preselección de candidatos		Lista de candidatos	Nominados		Nombrados	
			M	F		M	F		M	F	M	F
12	27	Fuero Penal (ejecución de sentencias)	3	0	1	3	0	Primera	3	0	1	0
13	29	Cámaras Civiles de Apelación	3	0	64 Pendientes	9	3	Primera	3	0	1	0
14	30	Tribunal Oral Criminal	3	0	64 Pendientes	10	1	Segunda	3	0	1	0
15	31	Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal	3	0	1	3	0	Primera	3	0	1	0
16	33	Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal	3	0	3	4	1	Primera	2	1	0	1
								Segunda	3	0	1	0
								Tercera	3	0	1	0
17	35	Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional	3	0	54 Pendientes	7	3	Primera	2	1	1	0

	Concurso N°	Fuero Judicial	Jurado		Vacantes	Lista de preselección de candidatos		Lista de candidatos	Nominados		Nombrados	
			M	F		M	F		M	F	M	F
18	36	Juzgados Civil y Comercial Federal	3	0	1	2	1	Primera	2	1	1	0
19	38	Tribunal Oral Criminal Federal	2	1	1	3	0	Primera	3	0	1	0
20	39	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso- administrativo Federal	3	0	1	3	0	Primera	3	0	1	0
21	44	Juzgados en lo Penal-económico	3	0	3	4	2	Primera Segunda Tercera	2 1 1	1 2 2	1 1 0	0 0 1
22	45	Juzgados de Ejecución Fiscal	3	0	63 Pendientes	6	1	Primera Segunda Tercera	3 3 2	0 0 1	1 1 0	0 0 1
23	47	Juzgados en lo Criminal y Correccional	2	1	1	2	1	Primera	2	1	0	1
24	48	Juzgados Criminales	2	1	32 Pendientes	7	1	Primera	3	0	1	0

Concurso N°	Fuero Judicial	Jurado		Vacantes	Lista de preselección de candidatos		Lista de candidatos	Nominados		Nombrados	
		M	F		M	F		M	F	M	F
25	61	3	0	1	2	1	Primera	2	1	0	1
26	63	3	0	1	3	0	Primera	3	0	1	0
27	64	3	0	1	2	1	Primera	2	1	0	1
TOTAL		74	7	54	102	36				37	17

Fuente: Reportes del Consejo de la Magistratura y Resoluciones de diciembre de 2003.

Tabla 4. Porcentajes y variaciones entre el grupo de aspirantes originales, nominados y nombrados

	Concurso N°	Fuero Judicial	Puestos vacantes		Grupo de aspirantes			Nominados		Nombrados	
			M	F	Candidatos registrados	Candidatos que tomaron el examen escrito		M	F	M	F
1	8	Comercial C.	4	36	19	25	14	5	1	3	1
2	11	Cámara Electoral de Apelaciones	2	30	8	16	1	4	0	2	0
3	13	Civil C.	6	92	72	55	36	3	5	2	4
4	17	Civil C. (familia)	1	37	39	17	17	2	1	1	0

	Concurso N°	Fuero Judicial	Puestos vacantes		Grupo de aspirantes			Nominados		Nombrados	
			M	F	Candidatos registrados	M	F	Candidatos que tomaron el examen escrito	M	F	M
5	18	Civil C.	2	51	45	31	4	0	4	0	2
6	19	Laboral C., Apelaciones	3	37	21	22	8	4	3	2	1
7	30	Tribunal Oral Criminal	2	107	30	45	10	4	0	2	0
8	31	Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional	1	35	2	13	1	3	0	1	0

	Concurso N°	Fuero Judicial	Puestos vacantes		Grupo de aspirantes				Nominados		Nombrados	
			M	F	Candidatos registrados	Candidatos que tomaron el examen escrito	M		F	M	F	
9	35	Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional	1	107	34	36	10	Posiciones ocupadas por las candidatas	2	1	1	0
10	36	Civil y Comercial Federal C.	1	24	9	9	3	Candidata en- tre los 3 mejo- res candidatos, y 3 entre los 10 mejores candidatos	2	1	1	0
11	38	Tribunal Oral en lo Criminal Federal	1	74	10	20	1	Candidata ob- tuvo la mejor posición en la evaluación de antecedentes	3	0	1	0
12	58	Casación Penal, sala C.	1	20	6	8	2	Mujer entre los 3 mejores candidatos	2	1	0	1
TOTAL			25	516	295	242	107		34	17	16	9
				64%	36%	70%	30%		67%	33%	64%	36%

Fuente: datos provenientes de 12 concursos de selección.

Tabla 5. Porcentaje de empleados femeninos en los diferentes escalafones del Poder Judicial, en Buenos Aires

	Total	Empleados mujeres	Empleados hombres	Porcentaje de empleados mujeres
<i>Secretaría de la Corte Suprema</i>	6	2	4	33%
<i>Secretario de la Corte Suprema</i>	38	15	23	39%
<i>Subsecretario Administrativo</i>	11	4	7	36%
<i>Subdirector General</i>	10	4	6	40%
<i>Secretario de Apelaciones</i>	211	99	112	46%
<i>Pro-Secretario</i>	35	17	18	48%
<i>Secretario</i>	871	451	420	51%
<i>Pro-Secretario de Apelaciones</i>	108	54	54	50%
<i>Pro-Secretario en jefe</i>	110	54	56	49%
<i>Jefe de departamento</i>	6	3	3	50%
<i>Pro-Secretario administrativo</i>	1901	1017	884	53%
<i>Secretario superior</i>	2857	1808	1049	63%
<i>Secretario</i>	862	549	313	63%
<i>Empleado administrativo</i>	2438	1518	920	62%
<i>Empleado administrativo auxiliar</i>	1680	1002	678	59%
<i>Empleado auxiliar</i>	1459	931	528	60%
<i>Auxiliar administrativo</i>	611	356	255	63%
Total	13214	7884	5330	60%

Fuente: número de empleados femeninos y masculinos del Poder Judicial de la Nación desde marzo de 2004.

Tabla 6. Porcentajes de la población de referencia, para el año 2002

	Estudiantes de Derecho (UBA, 2002)		Abogados		Empleados judiciales (2003)		Aspirantes 2003) ¹¹⁵		Candidatos preseleccionados (2003)		Nominados (2003)		Nombrados (2003)		Total de jueces (2003)	
	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F
Porcentajes	41%	59%	54%	46%	40%	60%	64%	36%	74%	26%	67%	33%	64%	36%	73%	27%

Fuentes: anteriores tablas 1, 2, 3, y 4.

¹¹⁵ Estos números corresponden únicamente a los 12 concursos examinados.

**Tabla 7. Perfiles comparativos de los hombres y mujeres nombrados.
2000-2003**

Datos		Juzgados de Primera Instancia		Cámaras de Apelaciones		Total	
		M	F	M	F	M	F
Edad en el momento del nombramiento	Edad promedio de los nombrados (en años)	45,6	46,9	51,8	54	47,7	48,5
Universidad	UBA (%)	70	100	100	75	85	88
	Otra (%)	30	0	0	25	15	13
Antecedentes judiciales (%)	Sí	100	85	92	100	97	88
	No	0	15	8	0	3	12
Posición anterior (%)	Juez o igual rango ¹¹⁶	64	31	50	100	59	47
	Secretario	14	38	0	0	9	29
	Fiscal	4	0	9	0	6	0
	Defensor Oficial	0	8	0	0	0	6
	Ejercicio liberal	18	23	41	0	26	18
Empleo judicial iniciado mientras estaba en la Facultad de Derecho (%)	Sí	83	61	54	25	72	53
	No	17	39	46	75	28	47
Nombramiento como empleado judicial mientras un Gobierno Militar dominó el país (%)	Sí	61	46	62	75	61	58
	No	39	54	38	25	39	42
Experiencia en la enseñanza (%)	Sí	91	92	100	75	94	88
	No	9	8	0	25	6	12

¹¹⁶ Incluye jueces, secretarías de apelación y secretarios de la Corte Suprema.

Datos		Juzgados de Primera Instancia		Cámaras de Apelaciones		Total	
		M	F	M	F	M	F
Educación de postgrado (%)	Cursos	26	54	0	25	17	47
	Programa de Postgrado	43	31	54	25	47	30
	Doctorado	9	15	31	50	17	23
	Ninguno	22	0	15	0	19	0
Publicaciones (%)	Sí	85	87	77	100	83	89
	No	15	13	23	0	17	11
Asistencia a conferencias	Número promedio de asistencia a conferencias (para aquellos que declararon haber asistido a alguna)	31	42	47	39	36	41

Fuente: serie de datos preparada sobre la base del currículum de los nombrados, archivados en el Consejo de la Magistratura.

Tabla 8. Facultad de Derecho de la UBA. Miembros de la Facultad, desde 1989

Profesores	Hombres	Mujeres	Porcentaje de mujeres
Eméritos	2	0	0%
Profesor consulto	11	0	0%
Profesores titulares regulares	70	5	5%
Profesores titulares interinos	36	4	10%
Profesores regulares adjuntos	21	1	4%
Profesores adjuntos interinos	9	1	10%
Profesores asociados regulares	192	58	23%
Profesores asociados interinos	585	251	29%

Fuente: Agulla (1989).

Tabla 9. Facultad de Derecho de UBA. Miembros de la Facultad desde 2000

Profesores	Hombres	Mujeres	Porcentaje de mujeres
Eméritos	15	0	0%
Profesores regulares consultos	24	3	11%
Profesores asociados consultos	2	0	0%
Profesores titulares	95	17	15%
Profesores asociados titulares	8	6	42%
Profesores adjuntos	333	159	32%
Profesores asistentes			
Asistentes de enseñanza	321	352	52%
2 asistentes	190	261	57%
3 asistentes	1120	1191	51%

Fuente: Kohen (2003).

Tabla 10. Facultad de Derecho de la UBA, posiciones académicas y cargos administrativos directivos

Posición	Mujer Hombre
Decano	X
Vice-decano	X
Secretaría Académica	X
Secretaría de Extensión Universitaria	X
<i>Administrador General</i>	X
Secretaría	X
Secretaría de Investigación y Programa Doctoral	X
Secretaría de Relaciones Institucionales	X
Subsecretaría Académica	X
Subsecretaría Técnica	X

Fuente: Kohen (2003).

Tabla 11. Porcentajes y variaciones entre el total de nominados y nombrados

		Nominados		Nombrados		Nominados (porcentajes)		Nombrados (porcentajes)		Variaciones en la represen- tación propor- cional de los sexos después del nombra- miento (% de nombrados-% de nominados)		Número de nominados sobre nombrados de cada sexo (% nominados /% nombrados)	
		M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F
Juzgados nacionales	Primera Instancia	33	25	22	14	59%	40%	61%	39%	29%	-1%	61%	62%
	Apelación	17	2	7	2	89%	11%	78%	32%	-11%	+21%	41%	100%
Juzgados federales	Primera Instancia	8	1	3	0	89%	11%	100%	0%	+11%	-11%	37%	0%
	Apelación	20	4	8	2	83%	17%	80%	20%	-3%	-3%	40%	50%
Total	Primera Instancia	41	26	21	14	61%	39%	60%	40%	-1%	+1%	51%	53%
	Apelación	38	5	15	4	88%	12%	77%	21%	-9%	+11%	39%	80%

Fuente: tabla 3.

**Tabla 12. Composición del Consejo de la Magistratura de
1999 a 2004**

	1999-2000		2000-2002		2002-2004	
	M	F	M	F	M	F
Presidente	1	0	1	0	1	0
Representantes de los jueces	3	1	3	1	3	1
Representantes del Senado	4	0	4	0	4	0
Representantes de la Cámara de Diputados	4	0	3	1	2	2
Representantes del Presidente	1	0	1	0	1	0
Representantes de los abogados	4	0	4	0	4	0
Representante de las universidades nacionales	1	0	1	0	1	0
Representante de la Academia del Derecho	1	0	1	0	1	0
Total	9	1	18	2	17	3

Fuente: *Memoria Anual. Consejo de la Magistratura*, ediciones de 1999, 2000, 2001 y 2002.

**Tabla 13. Comisión de Selección de Magistrados. Composición de
1999 a 2004**

	1999-2000		2000-2002		2002-2004	
	M	F	M	F	M	F
Representantes de los jueces	3	0	3	0	2	1
Representante del Presidente	1	0	1	0	1	0
Representante de los abogados	4	0	4	0	4	0
Representante de la Cámara de Diputados	2	0	2	0	2	0
Representante de las universidades nacionales	1	0	1	0	1	0
Representante de la Academia del Derecho	1	0	1	0	1	0
Total	12	0	12	0	11	1

Fuente: *Memoria Anual. Consejo de la Magistratura*, ediciones de 1999, 2000, 2001 y 2002.

Tabla 14. Porcentajes de mujeres graduadas de la UBA, distribuidas por profesión, para 1980, 1990 y 2000

	1980	1990	2000
Agronomía	0,8	0,7	0,7
Veterinaria	1,1	0,8	0,7
Ingeniería	0,7	1,6	1
Ciencias Exactas (Matemáticas, Física, Química, Biología)	5,1	3,3	2,5
Ciencias Sociales	0,6	3,3	6,6
Odontología	6	3,4	2,2
Farmacia y Bioquímica	5,7	4,4	3,6
Filosofía y Humanidades	5,3	5,8	2,9
Arquitectura y Diseño	7,8	6,4	8,4
Psicología	9,6	8	9,9
Contabilidad, Negocios y Administración, y Economía	9,5	12,1	19,8
Medicina	28,8	20,6	16,2
Derecho	18,2	29	25

Fuente: *Series Estadísticas N° 5*. Universidad de Buenos Aires.

ALCANCES DE LA REFORMA LEGAL

La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia

Julieta Lemaitre Ripoll

Desde finales de los años ochenta, y en particular en la década de los noventa, redes de abogadas feministas han logrado reformar, desde una perspectiva de género, las leyes en Colombia y en la región. Las transformaciones han sido a todo nivel, y con cambios que van desde la Constitución hasta los reglamentos de las entidades públicas se ha logrado disminuir significativamente la discriminación mantenida y reproducida por las leyes anteriores. Entre otros, se incluyeron cláusulas de igualdad en las constituciones nacionales, se logró la igualdad legal de los cónyuges, se aumentó la participación de las mujeres en los procesos electorales mediante las cuotas, se reformaron las normas penales sobre violación sexual y violencia intrafamiliar, se prohibió la discriminación de género en el empleo, en el acceso al crédito y en la propiedad de bienes.

Después de tanta actividad legislativa, la pregunta necesaria es: ¿en qué medida el cambio en las leyes ha mejorado la vida de las mujeres? La evaluación de los esfuerzos hechos dependerá de la respuesta que demos a estas preguntas. En efecto, a pesar de que el cambio de la ley es, en sí mismo, satisfactorio, no es justificable si la ley no se implementa, si no se vuelve parte de la cultura, o si lo hace de manera poco

benéfica para las mujeres, o benéfica tan sólo para unas pocas.

Hay muchas razones para oponerse a la reforma de las leyes como estrategia de cambio social. Las críticas más comunes se pueden agrupar en tres: las que ven el Derecho como un fenómeno secundario a la economía, las que culpan al subdesarrollo de la ineficacia del Derecho y las que consideran el Derecho como legitimador del *status quo*. Según el primer tipo de argumentos, el Derecho en realidad importa poco para la situación de las mujeres: lo que importa es la economía.¹ Según el segundo tipo de argumentos, la reforma legal se queda corta siempre que el Estado no tenga, o no destine, recursos para la aplicación de las normas; consideran que la situación de las mujeres es un problema más del subdesarrollo.² Para el tercer tipo de argumentos, la reforma legal tan sólo legitima una situación social que no puede cambiar porque el Derecho mismo está diseñado para que no cambie.³

Es difícil creer que las personas que han defendido arduamente las reformas legales no conozcan estos argumentos o nieguen su relevancia. Es evidente que el subdesarrollo es un obstáculo gigantesco para el goce de los derechos, que la

¹ Las personas que argumentan esto se basan en explicaciones estructurales según las cuales es la economía la que define las relaciones sociales y, por lo tanto, mientras que los recursos materiales se sigan distribuyendo de la misma manera, las reformas legales no van a impactar de manera significativa la vida de las mujeres. Para estas personas, por ejemplo, la violencia intrafamiliar está determinada sobre todo por la pobreza, y persistirá mientras la mayoría de las familias existan en situación de precariedad y zozobra económica. Prohibirla o castigarla no resuelve la causa.

² Dentro de esta línea, la prioridad es la modernización del Estado y el crecimiento económico que le permita implementar las leyes. La reforma de las normas sobre la violación no es relevante si el Estado no tiene la capacidad de investigar y castigar los crímenes y la impunidad es generalizada. Se culpa tanto a la falta de recursos como a la tradición cultural que enseña que “la ley se acata pero no se cumple”, para terminar argumentando que la reforma legal cumple un papel meramente simbólico en los países en vías de desarrollo.

³ Así, por ejemplo, el otorgamiento de derechos como la igualdad establecida en la Constitución se queda embotellado en el sistema judicial que sólo ve las violaciones caso por caso y que requiere que las víctimas tengan recursos para pagar un abogado y para recoger las pruebas innegables de la discriminación. Por la forma misma como funciona el sistema judicial, la justicia no está al alcance de la mayoría de las mujeres, discriminadas de manera cotidiana. Pero, para efectos políticos, la Constitución queda como protectora de la igualdad.

vida de las mujeres está determinada en gran parte por factores económicos, y que históricamente el Derecho ha tendido a legitimar el *status quo*. ¿Por qué insistir entonces en la reforma de las leyes?

Este artículo pretende contribuir a responder esta pregunta, partiendo de la premisa de que el Derecho no tiene un papel predeterminado en el cambio social. Es decir, el efecto del Derecho, y en particular de la reforma legal feminista, debe evaluarse en cada contexto, y las generalizaciones que se hagan deben partir del conocimiento de la implementación de las reformas en la práctica y no de teorías generales sobre el papel predeterminado del Derecho en la sociedad. Considerando que es muy escaso el conocimiento empírico sobre la implementación de la reforma legal, este artículo presenta un estudio de caso con unas conclusiones preliminares para evaluar la reforma legal feminista.

El caso presentado es la aplicación de la prohibición legal del despido a la mujer embarazada en Colombia; prohibición presentada como un logro en los informes de derechos humanos.⁴ El caso se presenta desde varios ángulos. Así, se incluyen tanto narraciones basadas en entrevistas con usuarias de la Ley, como descripciones de la Ley y la doctrina aplicables, y de los contextos históricos en los que surgen y se aplican las normas correspondientes a las narraciones. Con ello se espera dar cuenta de la complejidad de la relación entre la reforma legal y su implementación efectiva.

En la presentación del estudio se destacan tres hechos que caracterizan la aplicación de la prohibición de despido por embarazo. En primer lugar, la norma se implementa dentro del contexto del nuevo constitucionalismo y, en particular, de la acción de Tutela, lo cual le da un poder de implementación inusitado. En segundo lugar, la norma coexiste con las reformas neoliberales al régimen laboral y de seguridad social, que le quitan efectividad a la protección estatal

⁴ El trabajo de campo sobre el que se basa este artículo se realizó en julio de 2002 en Bogotá. En el momento, el Ministerio de Trabajo no tenía datos sobre el número de mujeres que acudían a consultar por este tema, ya que se agrupaban todas las solicitudes de “despido injustificado” en una sola categoría. En la Corte Suprema no había casos que llegaran a casación por este tema. Sin embargo, había varios casos en la Corte Constitucional, lo que hacía pensar que se trataba de un fenómeno de común ocurrencia.

de la mujer embarazada. Por último, la existencia de una conciencia de derechos y deberes es central para la implementación real de la norma. Cada uno de estos hechos se presenta en una sección de este artículo, y se analiza cómo estos elementos son claves para el éxito o fracaso de la protección de la trabajadora embarazada, primero a través de narrativas, y luego a través de un análisis histórico y cultural de la legislación y la jurisprudencia aplicables.

Antes de continuar, es importante hacer una aclaración metodológica sobre el uso de narrativas, que no es común en este tipo de artículos. Primero, es importante señalar que las narrativas surgen de entrevistas hechas para una investigación anterior.⁵ Para este artículo escogí algunas de las entrevistas que me parecieron más relevantes para discutir la efectividad de la reforma legal. Segundo, es necesario aclarar que el uso de las narrativas no pretende presentar una voz auténtica, como si yo no hubiera participado en la producción de la narrativa. Si bien el texto proviene casi en su totalidad de la entrevista, la entrevista en sí misma ya condiciona las repuestas y hay una labor de edición importante para facilitar la lectura y enfatizar los puntos que me interesan. Sin embargo, no creo que ello le reste validez al uso de la narrativa. A mi modo de ver, si bien los argumentos que aquí se presentan son inteligibles sin las narrativas, éstas enriquecen la caracterización del caso, al ilustrar la complejidad de las redes interpersonales en las que las normas pretenden cambiar la realidad social. Los lectores, entonces, juzgarán si he logrado mi propósito.

⁵ Este trabajo se basa en investigaciones anteriores: RODOLFO ARANGO y JULIETA LEMAITRE, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad de los Andes, Bogotá, diciembre de 2002; y JULIETA LEMAITRE y ANA MARÍA MUÑOZ, “Estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada”, en *Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad de los Andes, Bogotá, diciembre de 2002. La base de los datos utilizados es la caracterización inicial del despido de mujer embarazada en Bogotá realizada en 2002. La identificación se basó, tanto en información empírica (entrevistas a mujeres despedidas por estar embarazadas y a los funcionarios que atienden sus casos, además de la revisión de los documentos oficiales) como en el análisis de la legislación y la jurisprudencia aplicables. Las entrevistas fueron realizadas por la antropóloga Luisa Otero, con el apoyo de Emerson Forero.

I. TUTELA Y NUEVO CONSTITUCIONALISMO: LA IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO

A. GLORIA⁶

Me llamo Gloria Giraldo; tengo 28 años y soy de Cartago, Valle, pero hace nueve años que vivo en Bogotá. Vivo en Colina Campestre con mi esposo y los dos bebés: dos niños, de 5 años el mayorcito y siete meses el bebecito. El apartamento lo estamos comprando poco a poco. Con mi esposo tenemos un taxi y él lo maneja; además yo tengo un taller de confecciones.

Cuando quedé embarazada estaba trabajando, tenía dos meses de estar trabajando como agente de información en Manpower de Colombia. Ellos me contrataban, pero en verdad yo trabajaba para Outsourcing, otra empresa que le prestaba el servicio de operadoras a la ETB.⁷ Trabajaba con el 170:⁸ daba tarifas, daba información de Internet, información de llamadas nacionales e internacionales, números telefónicos. Trabajaba de 6 a 12 y estaba ganando \$408.000.⁹

Cuando quedé embarazada nosotros estábamos contentos y la familia contenta, pero sentí miedo; porque era un embarazo que no estábamos planeando y acababa de entrar a trabajar: entré a trabajar y a los dos meses quedé embarazada. Yo pasé el informe apenas me enteré de que estaba embarazada, pero yo le decía a mi esposo: “¿Será que me echan?” Es que él dice que para eso son esas empresas temporales, para echarlo a uno fácil. Y la verdad, en donde yo trabajaba, más o menos cada fin de mes despedían personal; entonces, yo apenas me enteré del embarazo, pasé mi informe inmediatamente.

⁶ Todos los detalles de los casos son tomados de las entrevistas. Para este artículo seleccioné tres de las nueve entrevistas realizadas. Si bien no es usual en este tipo de trabajo, las mujeres entrevistadas dieron permiso para la utilización de su nombre, y pensamos que era justo que, por lo menos en el reducido círculo de personas que leen estos artículos, se diera a conocer su historia.

⁷ Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB).

⁸ El 170 es el número telefónico para pedir información sobre los servicios de la ETB.

⁹ Cerca de 200 dólares al mes.

El coordinador al que yo le pasé la carta me dijo: “Tranquila, no hay problema, a usted no la pueden despedir; y no se preocupe, siga trabajando normal”. El coordinador se portó bien conmigo. Pero unos días después a él lo cambiaron. La coordinadora nueva me empezó a bloquear la clave, y sin la clave no podía registrar las llamadas. Entonces a uno lo sacan si uno no llega a cumplir con los requisitos; cada persona debe cumplir como con 2.500 llamadas acumuladas y registradas al mes. Pero me bloquearon el sistema; nunca me lo quisieron arreglar, y yo les decía: “Miren, es que no me deja entrar, no me deja registrar mi clave, ¿cómo hago entonces yo para trabajar? No puedo registrar a las personas”. Me decían que eso era un daño de la principal, que tocaba esperar. Así me tuvieron todo el tiempo, y yo era la única a quien no le funcionaba la clave.

Pero yo ya estaba casi segura de que no me podían echar, porque yo estoy rodeada de gente que tiene un alto grado de estudio, y todo el mundo decía que no me podían despedir. Me preguntaban cuánto llevaba trabajando y yo les decía que más de dos meses; entonces me decían que no me podían echar. Me decían: “Si te echan, ponles una Tutela, o los demandas, pero no te puedes dejar echar”.

Pero, como al mes, me despidieron; me dijeron que me cambiaban de horario. Tenía 3 meses y cinco días de embarazo cuando me despidieron; algo así. Ellos sabían desde un comienzo que yo podía trabajar sólo en el turno de la mañana, que era de 6 a 12 del día, porque tengo un taller de confección y porque no tengo quién cuide a mi niño por la tarde. Pues me llamaron de donde una señora, coordinadora de coordinadores, y entonces ella me dijo que tenía que cambiarme al turno de 12 a 6 de la tarde. Le dije: “No puedo”, por el taller y por el niño. Entonces me dijo que en esos momentos no se podía hacer nada más, que tenía que irme, que si no me servía que renunciara. Yo le dije que miraran, que yo estaba embarazada, que ellos no me podían hacer eso: “Colabóreme, o déjeme aunque sea el horario de 7 a 1, que yo busco la forma de hacerle”. Me dijo que por la mañana ya no había, que se podía solamente por la tarde, y yo le dije: “Pero es que acá hay una niña que está en la mañana y se quiere cambiar al turno de la tarde; más de uno se puede cambiar; hay gente que estudia por la noche, y ese turno les

sirve". Que no, me dijo, que no se podía, que era imposible. Hasta le dije, por el lado bueno, que no podían hacerme eso; y ella me dijo: "¡Claro que sí podemos!".

Entonces le dije que me hiciera un favor, que me hiciera una carta explicándome por qué me estaba despidiendo. Ella me dijo que ella no me podía hacer la carta, y yo le volví a decir que claro, que sí me la tenía que hacer. "Yo estoy en mi derecho —le dije— me haces el favor y me haces una carta". Me dijo: "¡No!". "Inmediatamente voy a llamar a la gerente de Outsourcing", le dije. "Entonces llámela y hablamos", me respondió. Bajó la señora como una fiera; casi me come ese día, y me dijo: "Bueno, ¿qué es lo que está pasando aquí?", en un tono alto, que todo el mundo se dio cuenta y empezó a preguntar qué era lo que estaba pasando. Le dije: "Ustedes no me pueden despedir; le estoy diciendo a ella que me haga una carta diciéndome cuál es el motivo de mi despido". La señora me dijo: "No, nosotros no tenemos por qué hacerlo; para eso contratamos con empresas como Manpower, para evitarnos ese tipo de problemitas". Les dije: "Ah, bueno, entonces voy a hablar con Manpower". Y me dijo que no volviera a trabajar con ella, que ni lo pensara. Entonces le dije: "No tranquila; no pienso volver a trabajar en este hueco".

Cuando fui a Manpower a pasar el informe, pregunté si de verdad había algún problema; y me dijeron que no, que tranquila: "Aquí solucionamos tu problema". Entonces yo me fui tranquila por eso. Cuando llamamos a Manpower, la doctora dijo que iba a ver qué hacía. Pero también me dijo que por ley, si no me presentaba a trabajar a Outsourcing en 72 horas, eso sería abandono del puesto, y con eso tendrían una causa justificada para echarme.

Ese mismo día por la tarde fuimos con mi esposo a Manpower, a plantarnos allá para hablar con el gerente. Al principio, el señor era un tipazo, todo un personaje, atendiéndonos con frases como: "¿Qué podemos hacer? Cuéntenos, ¿qué es lo que les pasa?" Yo le dije: "Es que nos han dicho en todas partes que no podemos hacer nada respecto al trabajo; entonces, yo quiero que me hagan una carta en donde expliquen el por qué de la terminación de mi contrato". Me dijo que no, que él no podía decidir eso. Mi esposo le dijo que tenía que tomar una determinación, ya que él era el gerente de ese negocio, y eso le concernía a él, y no se lograba nada.

Entonces, cuando salimos de su oficina, los términos no fueron muy cordiales. Le dijimos: “Mire doctor, usted se va acordar de mí, está acostumbrado a jugar con el hambre de la gente y con la necesidad de la gente, conmigo tacó burro,¹⁰ porque yo tengo tiempo, y cómo y con qué hacerle amargo el paseo; se va acordar de mí”.

Al otro día fuimos al Ministerio para que nos orientaran, porque eso sí, allá sí nos orientaron. La mayoría de la gente me dijo que de una fuera y me quejara al Ministerio de Trabajo. Porque antes habíamos ido a un consultorio jurídico y nos habían dicho que no se podía hacer nada porque el mío era un contrato temporal. Pero en el Ministerio, cuando llamamos, dimos con una doctora que nos colaboró de una; estaba ahí, con el doctor Ulises, y de una nos dijeron que nos fuéramos para allá, que ellos nos orientaban en la oficina de Derechos Humanos.

La doctora me dijo que tenía que exigir una carta. Entonces ella le hizo una llamada al gerente y le dijo que él estaba en la obligación de entregar la carta, si no se vería envuelto en problemas judiciales. El gerente le dijo que bueno, que él le daba la carta. Me hizo pasar al teléfono y me dijo: “Gloria, por favor, hasta dónde hemos llegado”. Yo le dije: “No señor, si la culpa es de ustedes”. Según ese señor nosotros lo estábamos ultrajando a él. Me dijo que no había necesidad de hacer eso. Yo le dije que no fuera descarado porque desde hacía como 3 días le estábamos pidiendo la carta, o que me pagaran, me indemnizaran o que me solucionaran, o que me dieran siquiera la carta: “¿Sabe qué?, déme la carta; yo no quiero negociar nada con usted”. Entonces me dijo: “Bueno, véngase para acá y le doy su carta”. Fuimos, me hicieron la carta, me la firmaron, y ya.

Y la verdad yo quería hacerles la vida imposible; es que no es justo que traten así a las personas. Pero la idea mía era que me integraran de nuevo, obviamente, al trabajo; no es que lo necesitáramos, pero era un ingreso que servía. Además yo me portaba bien: me vestía como ellos decían, hablaba como ellos querían, y hacía todo lo que ellos pedían; no había derecho a que me fueran a echar. Yo quería el reintegro porque yo tenía derecho; además, eran 6 horas en las

¹⁰ Expresión coloquial que expresa fracaso.

que yo podía trabajar, y era por un ingreso que, la verdad, sí nos estaba ayudando mucho en ese momento.

De ahí yo salí para el Ministerio, y el doctor me dijo que la Tutela tocaba hacerla rápido; el doctor Ulises me indicó cómo se hacía, me dio las pautas y las instrucciones. Luego que hicimos la Tutela, fui al juzgado. Para hacer la Tutela nos compramos un libro que nos mostraba qué hacer, nos guiamos por eso. No le pagamos a ningún abogado ni nada. Ellos, como abogados del Ministerio, simplemente nos indicaron cómo podíamos hacer la Tutela. Fuimos y llevamos eso al juzgado de Paloquemao y nos dijeron que tocaba esperar como 15 días.

Esperé 15 días y no me llamaron del juzgado; yo me quedé en la casa, pendiente de esa llamada para ver qué pasaba, y como no llamaron, entonces yo llamé al Ministerio y le conté al doctor Ulises que no me habían llamado del juzgado. Él me preguntó si yo había hecho todo lo indicado, y yo le dije que sí; entonces me dijo que me fuera para el juzgado.

Y me fui para allá al otro día a primera hora, a las 7 de la mañana. Me dijeron que me había tocado en el juzgado 18, creo, entonces me fui para allá. Algo por dentro me dijo que me tenía que ir para allá; llegué y ya iban a dar el fallo; estaban diciendo que yo estaba perdiendo la Tutela porque yo no me había presentado. Pero nunca me llamaron; jamás me llamaron; supuestamente deben mandar un telegrama, una notificación. Entonces yo llegué allá y les dije que yo había ido a Paloquemao y que me habían dicho que aquí había correspondido la Tutela: “Entonces vengo a averiguar qué pasó con eso”, les dije.

Anunciaron que había llegado la señora que tenía demandado a Manpower y voltearon a mirar todos con sorpresa. ¡Ahí estaba el gerente de Manpower! Me dijeron que ya estaban dando el fallo y que menos mal que yo había llegado, porque si no hubiera venido al fallo luego no podría apelar. Entonces yo les dije que no me habían llamado, ni notificado. Me dijeron que me habían llamado el viernes todo el día. Yo les dije que no dijeran mentiras porque yo había estado todo el viernes en mi casa esperando la llamada de la Tutela, y les dije que menos mal acá estaba y entonces me dijeron que acababa de perder la Tutela, que fuera y le sacara fotocopias.

Así que fui y saqué la fotocopia y me encontré con el gerente; me dijo: “¿Qué más Gloria, cómo está?”. Yo le dije que bien, gracias. Seguí, entregué, firmé, y me puse a leer eso; y mientras yo leía lo de la Tutela, la abogada que estaba ahí le decía al gerente: “Pues sí, doctor, como le comento, cuando usted tenga este tipo de problemas, sabe que puede contar con nosotros, con nuestra ayuda, aquí estamos para servirle”. Claro, cuando yo escuché eso me dio mucha rabia, y de una pensé en apelar, en hacerle la vida imposible. Yo creo que les dio plata, o no sé qué; en este país con todo es soborno. Entonces dije: “Hasta luego, doctora”, y salí de ahí. Y cuando iba saliendo me dijo el gerente: “Adiós, Gloria”. Yo le dije: “Adiós no, doctor, hasta luego; porque nos vamos a volver a ver”.

Luego llamé al doctor Ulises, el del Ministerio, le comenté lo que había pasado y me dijo: “Gloria, usted tiene que volar, usted no puede dejar pasar más de tres días, por Dios, hágale a la apelación”. Yo le pregunté qué tenía que hacer, y él por teléfono me iba indicando y guiando, más o menos en lo que tenía que hacer. Me dijo: “Véngase para acá y miramos y revisamos eso”. Entonces ahí sí hubo que hacer otra carta, más corta, y sin tanto papeleo como la de la Tutela; fue de una sola hoja. Él me comentó qué tenía que hacer y me dijo que comprara una revista del Ministerio del Trabajo; me dijo que le dijera a mi esposo que hiciera esto y aquello, y ya. Entonces, fui y llevé eso; apelé, y me dijeron que esperara otros 15 días. Entonces me llamaron, fui y gané la Tutela; me llamaron de Manpower y me dijeron que me fuera a presentar a trabajar.

Me reintegraron cuando tenía cinco meses y estuve todo el resto del embarazo con ellos. El ambiente fue rarísimo; me dijeron: “Siga, siéntese ahí, no haga nada, límitese a respirar”. Llegué y el gerente me recibió, me dijo que habláramos, que aquí no había pasado nada y que dejara de hacer mala cara, “somos la familia Manpower” y un poco de bobadas. Me pusieron a llenar planas de todos los empleados que tenía Outsourcing, pero allá nunca volví; en Manpower no me querían volver a ver.

Con el embarazo, la verdad me fue más o menos; estuve enferma. Yo creo que era el trato que ellos me daban. Alquilaron un local de dos pisos; todo lo ubicaron: “Y a Gloria,

mandémosla para arriba, al segundo piso, sola”. Me dijeron: “Mire, ése es su escritorio; colóquese a organizar las hojas de vida de cada persona; mire a ver qué les falta”. Eso fue todo lo que me dijeron. Allá la única persona que me hablaba era la señora de los tintos. Yo no quería volver, pero mi marido me decía: “No te rindas, Gloria, porque si ya hicimos esto, debes llegar al final; si ellos te están haciendo la vida imposible, tú también se la puedes hacer”. Pues ellos me desplazaban, me ignoraban, o sea, la idea era hacerme aburrir. Nunca me sentía bien.

Estuve sangrando, y empecé a enfermarme y a incapacitarme. Entonces yo iba al médico y él me decía que yo estaba gravísima, que necesitaba reposo total, estar todo el tiempo acostada, que no podía caminar; me hacía monitoreo cada tres días. Con los permisos no tuve problema; llevaba la incapacidad y ya. Al final me vio una doctora y me dijo que el niño tenía el corazón latiendo mucho; me dio una incapacidad de veinte días y en esos días tuve el bebé.

El 12 de enero, cuando se acabo la licencia, yo llamé a preguntar, para ver dónde continuaba, si en la 68 o en la 100, porque yo necesitaba volver. Yo llamé un día antes para ver, y ahí fue cuando me dijeron que habían tomado la decisión de que yo trabajaba hasta el día que mi licencia terminaba. “¿Qué hago?”, pregunté, y me dijeron que fuera y reclamara la liquidación. Al principio me sentí mal, para qué, si necesitaba el trabajo, pero también me sentí contenta de no volver.

Ahora me siento bien; y me acuerdo de todo esto y me da risa. Eso sí, le comento a todo el mundo lo de la Tutela, y la gente se sorprende porque no creían que eso funcionara. Aunque no me pagaron los días que me dejaron por fuera, valió la pena. Ahora, si yo veo a alguien en embarazo, de una le voy diciendo que si la echan puede hacer esto y aquello. Es que toca reclamar los derechos de uno.

B. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

La prohibición del despido de la trabajadora embarazada, también conocido como la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, es, desde hace años, parte de la legislación laboral. Su implementación efectiva, hasta mediados

de los años noventa, estaba garantizada por el Derecho laboral, tanto por las agencias estatales que vigilan el cumplimiento de las normas laborales (inspecciones de trabajo) como por la justicia laboral ordinaria. Sin embargo, con el ascenso del nuevo constitucionalismo, el despido se convirtió en tema del Derecho constitucional, hasta el punto que hoy se reconoce derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, y este derecho fundamental se protege a través de la acción de Tutela. El acceso a la acción de Tutela les ha dado a las trabajadoras de menos recursos la posibilidad real de una protección efectiva y rápida del derecho. Más que la prohibición del despido en el derecho laboral, es la Tutela la que permite que se haga justicia en casos como los de Gloria; y ello nos lleva a reflexionar sobre la importancia del procedimiento para hacer efectivas las reformas feministas.

La Tutela interpuesta por Gloria es un ejemplo positivo del nuevo constitucionalismo colombiano nacido con la Constitución de 1991 y los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Este nuevo constitucionalismo ha atraído la imaginación y el esfuerzo de muchas de las mejores mentes legales del país,¹¹ que ven, desde distintas posiciones po-

¹¹ Véase, por ejemplo, MANUEL JOSÉ CEPEDA, *Derecho Constitucional Jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001; MANUEL JOSÉ CEPEDA, *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*, Editorial Temis y Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1992; RODOLFO ARANGO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004; RODOLFO ARANGO, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, no. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional, 1997; RODOLFO ARANGO, "El mínimo vital como índice de justicia entre particulares", en *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, ANTONIO BARRETO (ed.), Universidad de los Andes y Editorial Legis, Bogotá, 2001; RODRIGO UPRIMNY, "Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en *El debate de la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e ILSA, Bogotá, 2002; RODRIGO UPRIMNY, *La dialéctica de los Derechos Humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992; MAURICIO GARCÍA, "Derechos sociales y necesidades políticas", en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001; DIEGO LÓPEZ, *El Derecho de los jueces*, Legis y Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000; DIEGO LÓPEZ, *Teoría impura del Derecho: la transformación de*

líticas, la nueva Constitución como una esperanza para lograr una sociedad con mayor justicia social.¹² La esperanza que suscitó la Asamblea Nacional Constituyente se materializó también en los fallos progresistas de la Corte Constitucional, creada para la defensa de la Constitución, tanto a través de la revisión de la constitucionalidad de leyes y decretos, como a través de la revisión de Tutelas.¹³

Dentro de los muchos cambios constitucionales introducidos en 1991, quizá el más importante ha sido la acción de Tutela. La Tutela es un mecanismo similar al que existe en otras constituciones —bajo la figura del Amparo—, para la aplicación directa de los derechos constitucionales cuando estén siendo vulnerados y no haya otro mecanismo judicial que pueda impedir su vulneración. Sin embargo, la Tutela colombiana es mucho más amplia que los mecanismos similares de otros países: cualquier juez puede recibir y procesar una Tutela, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido generosa al ampliar los casos en los que es admisible: se admiten Tutelas por violación de un amplio rango de derechos, incluyendo, en algunos casos, derechos sociales. La procedencia de la Tutela para proteger la estabilidad laboral de la mujer embarazada es un ejemplo de esta ampliación jurisprudencial de la acción.

la cultura jurídica latinoamericana, Universidad de los Andes, Universidad Nacional y Editorial Legis, Bogotá, 2004.

¹² En su momento, la Asamblea Nacional Constituyente coincidió con la desmovilización del M-19 y de otros movimientos guerrilleros más pequeños, que fueron incluidos en la Asamblea. A pesar de la frágil legalidad y legitimidad de la convocatoria a la Asamblea, la inclusión de los movimientos guerrilleros desmovilizados, así como de las minorías étnicas, despertó intensas esperanzas de que se iniciara un periodo más democrático y participativo. Un ejemplo de los problemas de legalidad y legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente es que fue elegida con la mitad de los votos que el Congreso, cuyo mandato revocó. Véase MARCO PALACIOS y FRANK SAFFORD, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, Editorial Norma, Bogotá, 2002, pp. 613-617.

¹³ La esperanza de cambio fincada en la Constitución no es nueva ya que desde el origen de la República las reformas constitucionales y las nuevas constituciones prometían abrir las puertas a una nueva era. La Constitución de 1991 no fue la excepción y respondió, tanto a la ansiedad de poner fin a las violencias recientes como a los grandes temas de la post-guerra fría: reforma y modernización institucional, derechos humanos, liberalización de los mercados y descentralización.

C. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA POR DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA

El caso de Gloria muestra la realización de las aspiraciones compartidas de la reforma feminista y del nuevo constitucionalismo, y cómo se ha beneficiado la causa feminista del nuevo constitucionalismo. En el caso concreto de la procedencia de la Tutela por despido en caso de embarazo, este beneficio es aún más claro, ya que es el resultado de un desarrollo jurisprudencial y no de una reforma de la ley. Este desarrollo jurisprudencial se dio en dos etapas diferentes: la primera, a través de la creación de la posibilidad de aceptar Tutelas por violación al derecho al “mínimo vital”; y la segunda, a través del enfrentamiento entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia por la interpretación de la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Veamos.

La primera etapa fue el desarrollo jurisprudencial del derecho al mínimo vital; derecho que no está consagrado en la Constitución. Es un derecho innominado, creado por la jurisprudencia de la Corte en 1992, con inspiración en la jurisprudencia administrativa alemana de la posguerra.¹⁴ El derecho al mínimo vital es un desarrollo de los derechos fundamentales, y consiste en el derecho de las personas a que su subsistencia no se vea amenazada por el incumplimiento de un derecho social.¹⁵ Un ejemplo de la forma como se ha utilizado este derecho es ordenando el pago de pensiones atrasadas.¹⁶

En los años siguientes a la primera Sentencia de 1992, la Corte Constitucional protegió el derecho al mínimo vital en

¹⁴ Véase ARANGO y LEMAITRE, *supra* nota 5, p. 7 (citando al Tribunal Administrativo Alemán BVerwGE 1, 159, 161 ff).

¹⁵ Desarrollado inicialmente en las sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-426 de 1992, T 384 de 1993, y en las T-011 de 1998, T-597 de 1993, T-125 de 1994, SU 111 de 1997 y SU-995 de 1999, por nombrar sólo algunas de las muchas sentencias sobre este derecho.

¹⁶ Sentencia T-426 de 1992, Corte Constitucional. En el primer caso que decidió al respecto, una persona de sesenta y nueve años había solicitado la sustitución pensional, y después de un año no había recibido respuesta. La Corte consideró que se violaba el derecho innominado al mínimo vital, ya que ponía en peligro la vida y la dignidad de la persona, y ordenó el pago inmediato de la pensión, sin tener que pasar por el procedimiento ordinario.

diferentes situaciones.¹⁷ En la mayoría de los casos se trataba, como en la mora en el pago de pensiones, de falta de pago de deudas,¹⁸ como era el caso de la mora en el pago de la licencia de maternidad, el pago de salarios atrasados y otras prestaciones laborales y de seguridad social.¹⁹ Sin embargo, también se dieron otros casos, como la prestación de servicios de salud a personas no aseguradas, o por servicios urgentes excluidos del seguro de salud.²⁰

En un principio, los casos de Tutela por despido de mujer embarazada no son parte del desarrollo de esta línea jurisprudencial del mínimo vital. Su inclusión es parte de la segunda etapa, que tiene que ver con el debate ideológico y jurídico entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.²¹ Este debate se originó con una demanda de in-

¹⁷ Véase ARANGO y LEMAITRE, *supra* nota 5.

¹⁸ Incluso, Mauricio García considera que precisamente por esto la mayor parte de los fallos sobre derechos sociales de la Corte son en realidad formas de pago de lo debido por el medio expedito de la Tutela. GARCÍA, *supra* nota 11.

¹⁹ Ejemplos de sentencias de la Corte Constitucional en las que se protege el mínimo vital, amenazado por mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997; SU-022 de 1998; SU-430 de 1998; T-07 de 1998, T-120^a de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, SU-062 de 1999, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Por no pago de la licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-205 de 1999, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, y T-390 de 2004. Por mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 1999, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2002, T-115 de 2002, T-594 de 2002, T-162 de 2002, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

²⁰ Véase por ejemplo: T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

²¹ La Corte Constitucional fue creada por la Constitución de 1991 con dos funciones principales: le corresponde efectuar el control de constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Congreso y de los decretos expedidos

constitucionalidad presentada en 1997 ante la Corte Constitucional sobre los artículos del nuevo Código Laboral²² que regulan el despido de la mujer embarazada.

Para los demandantes, el Código no es claro respecto a las consecuencias del despido injustificado²³ de la mujer embarazada, y esta falta de claridad significa una violación a la protección especial de la mujer en ese estado, consagrada en la Constitución.²⁴ La falta de claridad surge de un supuesto enfrentamiento entre dos artículos. Por una parte, el artículo 239 prohíbe el despido a la mujer embarazada y dice que de darse dicho despido, la mujer se hace acreedora de una indemnización equivalente a sesenta días de trabajo y al pago de la licencia de maternidad. Por otra parte, el artículo 241 dice que es nulo el despido durante la licencia de maternidad pero no dice si también lo es durante el embarazo.

La lectura formalista de estos artículos, esgrimida por la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el despido durante el embarazo, a pesar de estar prohibido, no es nulo, es decir, tiene efectos legales. La prohibición de despido de la mujer embarazada es, entonces, para esa Corporación, una cláusula cuya única consecuencia es el pago de la indemnización (de dos meses de salario) y el pago de la licencia de maternidad,²⁵ ya que esto es lo que se desprende del tenor literal de las normas.

por el Gobierno en caso de Estado de Excepción o en ejercicio de Facultades Extraordinarias conferidas por el Congreso. Esta función la ejercía con anterioridad la Corte Suprema de Justicia. Además, a la Corte Constitucional le corresponde revisar las Tutelas juzgadas por los demás jueces. Para las funciones de la Corte Constitucional, véase *Constitución Política de Colombia*, vigente desde el 6 de julio, 1991, art. 241 [en adelante *Constitución Política*]. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, es la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria y funciona como tribunal de casación. Véase *Constitución Política*, art. 234.

²² Ley 50 de 1990, publicada en el *Diario Oficial*, no. 39618, 1 de enero, 1991.

²³ Es decir, sin autorización de la Inspección de Trabajo.

²⁴ *Constitución Política*, *supra* nota 21, art. 43: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

²⁵ En este caso el despido durante el embarazo le cuesta al empleador tan sólo esos dos meses de indemnización, pues en la mayoría de los casos la licencia de maternidad la paga la seguridad social y no el empleador.

La demanda de inconstitucionalidad de 1997 estaba dirigida a cuestionar esta interpretación de la Corte Suprema, para hacer valer la protección especial a la mujer embarazada contenida en la Constitución de 1991.²⁶ Al contrario de la Corte Suprema, la Corte Constitucional hace una interpretación que está más interesada en la justicia sustancial que en la interpretación formalista del tenor literal de la norma. Afirma la Corte que la Constitución protege a la mujer embarazada contra el despido y que esta protección va más allá del pago de la indemnización y de la licencia, y que debe contemplar la nulidad del despido y, por lo tanto, el reintegro de la trabajadora.

En el momento de decidir sobre la constitucionalidad de estas normas, la Corte se encontró ante el siguiente dilema: si declaraba el artículo inconstitucional, la mujer embarazada quedaba sin protección. No tendría indemnización, ni reintegro, ya que se caería todo el artículo. Pero si lo declaraba constitucional, avalaría un recorte inconstitucional a la protección de la mujer embarazada. Ante este dilema, la Corte optó por la figura de la “constitucionalidad condicionada”, es decir, determinó que se podía aplicar la Ley sólo con la interpretación otorgada por la Corte, que establecía que además del pago de los salarios dejados de percibir durante el despido y la licencia, la empleada tenía derecho al reintegro al trabajo.²⁷ Es decir, que para efectos prácticos, el despido es nulo. Así debían interpretarlo los jueces laborales.²⁸

²⁶ *Constitución Política*, *supra* nota 21, art. 43.

²⁷ Ésta se basa en la afirmación del Código de que el despido está prohibido. La Corte razona: si está prohibido, por lo tanto es nulo, y procede el reintegro de la mujer al cargo y no la sola indemnización.

²⁸ La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece un precedente obligatorio para los fallos de Tutela de todos los jueces del país. Este poder, en contra del principio general de que el juez se guía por la ley y no por la jurisprudencia, se basa en las siguientes fuentes: primero, la Constitución Política establece en su artículo 243 que “Los fallos que dicte la Corte en ejercicio del control jurisdiccional harán tránsito a cosa juzgada constitucional”. Segundo, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 33, reglamenta la revisión de los fallos de Tutela. Tercero, en Sentencia C-018 de 1993, la Corte Constitucional, declarando la constitucionalidad del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, estableció que la jurisprudencia de la Corte en materia de Tutela establece la “cosa juzgada constitucional”, lo cual quiere decir que tiene efecto *erga omnes* y no sólo *inter partes*, en virtud del principio de igualdad y del artículo 243 de la CN. Por lo tanto, las

Sin embargo, como en otras ocasiones,²⁹ la Corte Suprema de Justicia, cabeza de la Justicia Laboral, decidió no acatar esta interpretación de la Corte Constitucional, argumentando que no existe la figura de la “constitucionalidad condicionada”. La consecuencia práctica de este conflicto es que para la justicia laboral ordinaria, la mujer despedida por estar embarazada no tiene derecho al reintegro al trabajo.³⁰

Ante la negativa de la Corte Suprema de acatar la interpretación dada, la Corte Constitucional aceptó entonces la procedencia de las Tutelas por despido en caso de embarazo, aplicando así su doctrina a través de la justicia constitucional.³¹ Con esta decisión, la Corte no sólo cambió en la práctica el contenido de la norma (reintegro/no-reintegro) sino además el procedimiento jurídico para los casos de despido por embarazo. Si bien las trabajadoras conservan el derecho a utilizar la vía laboral ordinaria, se les abre la posibilidad de una vía mucho más atractiva: la Tutela.³²

D. LA SUPERIORIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA

Así, los cambios de la última década permitieron que Gloria tuviera la posibilidad de hacer realidad el derecho a no ser

revisiones de Tutela obligan para los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

²⁹ El choque entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se basa en el desacuerdo sobre la posibilidad de fallar Tutelas contra sentencias. La confrontación se ha dado, sin embargo, en diversas arenas, en las cuales la Corte Suprema se niega a aceptar la prelación de la “cosa juzgada constitucional”, como sucede en este caso. El conflicto se ha popularizado en la prensa nacional como el “choque de trenes”.

³⁰ Sentencia del 11 de mayo de 2000, Radicación 13561, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Radicación 10993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

³¹ La primera Tutela que la Corte revisa es la T-119 de 1997, en la que no concede la demanda por haber transcurrido un año desde que expiró la licencia de maternidad; con lo cual se considera que el daño ya está consumado. La primera sentencia concedida fue la T-739 de 1998, en la que la Corte considera que es inminente el perjuicio irremediable ya que la pérdida del empleo imposibilita la subsistencia en condiciones dignas e impide garantizar la adecuada gestación del hijo.

³² De hecho, muchas mujeres que utilizan la Tutela en estos casos no solicitan el reintegro sino el reconocimiento de que el despido se dio durante el embarazo y de que, por lo tanto, se hacen acreedoras a la indemnización y la licencia. Véase ARANGO y LEMAITRE, *supra* nota 5.

despedida por embarazo. Sin la Tutela este derecho sería un derecho sobre papel más que un derecho real, sobre todo para una persona de bajos ingresos como ella, para quien no se justifica iniciar un proceso laboral ordinario, largo y costoso. Así, es la Tutela como procedimiento eficaz y, en general, el marco del nuevo constitucionalismo, los que le dan realidad al derecho.

La importancia de esta alternativa procedimental se comprende si se tiene en cuenta la lentitud de los procesos judiciales en Colombia, así como sus altos costos. En 1998 (última fecha de los datos del Consejo Superior de la Judicatura) en Bogotá un proceso laboral por prestaciones sociales demoraba, en promedio, 674 días.³³ Un proceso laboral, que duró un año y siete meses en primera instancia, le costó al ciudadano \$940.000, es decir, más de tres salarios mínimos mensuales de la época. La Tutela, por el contrario, no conlleva costos, no requiere abogado y debe ser resuelta en el término máximo de diez días laborales. Además, la reglamentación de la Tutela otorga una serie de ventajas al demandante, como es la inversión de la carga de la prueba. Por ejemplo, en la línea jurisprudencial de mínimo vital, al demandante le basta con afirmar que no tiene los recursos para subsistir, y es el demandado quien debe probar que el demandante tiene recursos suficientes. Esta inversión de la carga resulta, a su vez, en una simplificación del proceso para el demandante.

La lección de la Tutela de Gloria es, sin duda, una lección de optimismo para la reforma legal. Sin embargo, lo más importante en este caso tiene que ver con la trascendencia del Derecho procesal. Cada diligencia, fotocopia y entrevista de Gloria tuvo éxito por el procedimiento de la Tutela. Sin la gratuidad y celeridad de ese procedimiento, el caso no hubiera llegado a buen término.

En este sentido, es preciso llamar la atención sobre la forma como la docencia y las prácticas jurídicas han ocultado la centralidad y el alcance del Derecho procesal en la defensa de los derechos. Con su separación del Derecho sustantivo y el menor estatus que se le confiere, se ha ignorado

³³ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *Tiempos procesales y opinión sobre el servicio de justicia*, Bogotá, 1998, p. 99.

que los derechos, generosamente concedidos por el Derecho sustantivo, se recortan y limitan a través de los procedimientos. Este sesgo se reproduce en la reforma legal feminista que se ha concentrado en proponer cambios al Derecho sustantivo dejando a menudo inalteradas las cuestiones procesales. Este caso es una feliz excepción, y se debe, reitero, al desarrollo jurisprudencial antes que a una reforma deliberada de las normas.

II. LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA FRENTE A LA REFORMA NEO-LIBERAL

A. ALEJANDRA

Me llamo Alejandra Parra y tengo 24 años. Vivo con mi papá, mi mamá y dos hermanos en Bogotá. Hace 47 días tuve a la niña, Valentina. La tuve sola; con el papá de la niña no hay nada ya, ni recibo nada de él para lo de la bebé. Mejor dicho, yo soy sola, yo no tengo el apoyo del papá de la niña. Sólo tengo el apoyo de mi papá, que es albañil. Yo, ahoritica, el martes, demandé al papá de la niña por Bienestar Familiar. Es que yo lo llamé y le dije que ya había nacido el bebé, que era una niña, que la tenía que mandar a registrar, y que la tenía que afiliar al seguro, y me dijo que él no sabía si ella era hija suya. Entonces lo demandé en Bienestar Familiar para saber si le va a dar el apellido o no le va a dar el apellido a la nena.

Yo a él lo conocí donde estaba trabajando como impulsadora para la Federación de Cafeteros, en los almacenes Éxito. Me pagaban 286.000 pesos,³⁴ el salario mínimo. Pero, mejor dicho, yo trabajaba era para Apoyo POP; mi contrato era con ellos; se llama un contrato individual por obra o labor. Pero entonces ellos me tenían ubicada con la Federación. En los Almacenes Éxito. Ahí mismo trabaja el papá de la nena. Yo, por eso, no quisiera que me reintegraran sino que me indemnizaran; pero bueno, ya, la verdad, eso no va a pasar, ¿cierto? No me van a dar nada.

Quedé embarazada como a los dos meses de entrar a trabajar ahí, y luego, a los dos meses de embarazo, yo les co-

³⁴ Aproximadamente 150 dólares.

muniqué a ellos por escrito con la prueba de embarazo; primero a la Federación, pero allá me dijeron que no, que era a Apoyo POP al que debía notificarle; entonces fui y me dijeron que yo para qué cliente trabajaba, que ellos no sabían que tenían ese cliente —el de la Federación de Cafeteros—, que ellos no tenían ese cliente. Ahí solamente había una persona que sabía que yo era la que estaba trabajando para la Federación; hasta que finalmente me recibieron la carta. Imagínese.

En el trabajo, los compañeros me consentían mucho; pero había un supervisor que me la tenía al rojo vivo; donde yo me demorara un minuto, él de una vez decía que yo estaba inventando; una vez me enfermé como a las horas de almuerzo y a los ocho días también me enfermé en el mismo almacén, y fue entonces cuando esta persona me dijo que yo ya estaba cogiendo de costumbre enfermarme en ese almacén; y dijo que necesitaba saber si eso iba a ser siempre así para mirar qué hacía. Yo le dije: “No, pues qué pena, si hubiera sabido que me iba a enfermar, pues yo hubiera preferido no venir a trabajar”; y ese día mi mamá tuvo que ir y llevarme de urgencias porque me dio un dolor en la boca del estómago muy fuerte, y eso es algo gravísimo. Entonces, cada vez que me veía me decía: “¿Qué, y hoy no está enferma? ¡Qué milagro!”.

Ya en diciembre ¿eh?, la Federación no había hecho el pago de mi liquidación; no le había registrado el pago a la empresa, a Apoyo POP; entonces de Apoyo POP me llamaron un día y me dijeron que yo ya no trabajaba para la Federación, y que me fuera para la empresa que yo empezaba a trabajar en las oficinas. Pues me fui hasta la empresa y me devolvieron porque ellos supuestamente ya habían hablado con la Federación y habían quedado en que yo seguía en mis labores habituales. El supervisor me dijo: “Usted trabaja hasta el 28 de diciembre y en las oficinas me dijeron que a usted la iban a reubicar”. Así fue; terminé el 28 de diciembre con la Federación, madrugué el 29 porque supuestamente me iban a reubicar, y me dijeron que no, que no podían hacer eso, que no me podían reubicar y que ya se me había acabado el contrato porque la empresa había dicho que ya no más. En ese momento yo tenía cinco meses y ya se me notaba bastante la barriga.

Entonces fui al Ministerio de Trabajo y ahí como que no resolvieron nada tampoco. Un abogado llegó y dijo que él me ayudaba; pero las intenciones de él iban como por otro camino; entonces yo decidí no volver allá. Es que imagínese que él me decía que me ayudaba a sacar a la niña adelante y todo; y empezó a ser como muy...no sé, ¿usted me entiende? Entonces yo dije que no volvía allá.

Después me fui para la Defensoría del Pueblo. Madrugué porque me dijeron que había unas filas inmensas; fui y me dieron la citación, no recuerdo para qué día, y ahí fue cuando hablé con el doctor Ignacio Perdomo; él me dijo que le llevara un comunicado a la empresa y que lo llamara para ver qué razón tenía. El comunicado decía que yo me había acercado allá para saber el por qué de mi despido, que mandaran un comunicado a la Defensoría, y que si en un lapso de no sé cuántos días no enviaban ese comunicado, entonces procederían a otra cosa. Esa carta se la subieron al abogado de la empresa y el abogado la firmó y dijo que él no tenía ningún problema. Eso sí, yo fui y hablé con el abogado de la empresa, y él me dijo que cuando saliera del bebé volviera, pero que no fuera a atentar contra ellos porque la que saldría perdiendo sería yo, porque yo no podría volver a pisar las puertas de esa empresa. Y luego la empresa me envió un comunicado a mí diciéndome que no me reubicaban porque el cliente había dicho que no había más trabajo para mí.

Luego llamé a la Defensoría y el doctor me dijo que sí, que a ellos también les había llegado un comunicado en donde les decían que no me habían podido reubicar, porque el cliente no lo autorizaba más y que ellos tenían una ley o algo así en donde decía que a nosotras nos podían echar en cualquier momento. Entonces, que ellos eran los que tenían las de ganar.

Entonces dije: “Ah, yo ya dejo las cosas así, porque si me voy a gastar más plata en transporte...”; yo estaba gastando más plata en transporte que la que me gané en 6 meses de trabajo, y pensé: “Si me voy a gastar lo que no tengo, entonces yo dejo las cosas así”. Pero me quedé muy triste, porque tenía la esperanza y la ilusión de darle cosas a mi bebé y no podría hacerlo; porque ya cuánto tiempo llevo sin empleo. Ya hoy me resigné, y me dije que cuando termine la dieta y todo voy a conseguir trabajo donde sea; un trabajo bueno y

estable, donde le pueda dar estabilidad a mi bebé, porque ya no puedo seguir en las mismas, trabajando con clientes que no me brinden estabilidad y, bueno, sobre todo no en esas empresas temporales, ¿no?

Mire, es que cuando yo trabajaba en otra empresa temporal, nos decían que casi no les gustaba emplear mujeres porque dizque vivíamos enfermas: que por el periodo o por estar embarazadas: “Ustedes las mujeres son muy enfermas —nos decían—; ustedes no sirven para nada”. Y bueno, ascendían sólo a los hombres, a ellos de una los hacían subir, a los vendedores, a los supervisores; a nosotras siempre nos veían como las malas, como las débiles, como las que no sirven para nada.

Es que es muy feo que existan empresas temporales que puedan hacer y deshacer con las personas, y más con una que está embarazada. Yo creo que algo del Estado debería vigilar mejor las empresas para que no hagan eso; es que, en serio, afortunadamente yo tengo a mi familia que me colabora, pero ¿qué tal que yo estuviera sola?. Ahí sí que me tocaría pedir limosna, o algo.

B. FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTRATO LABORAL Y SUS EFECTOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

En la década de los noventa, junto con los cambios traídos por el nuevo constitucionalismo, vinieron también las reformas a los regímenes laborales y de seguridad social. En 1990, un año antes de la nueva Constitución, el Congreso aprobó la reforma del Código Laboral, una reforma que buscaba modernizar y flexibilizar el Derecho laboral.³⁵ En 1993, el Congreso aprobó la reforma al Sistema de Seguridad Social, que modernizó el Seguro Social y permitió que empresas privadas prestaran los servicios del Seguro y compitieran por captar usuarios.³⁶ Ambas reformas se hicieron por iniciativa del Gobierno y recibieron pocos cambios en su paso por el Congreso.³⁷

³⁵ Ley 50 de 1990, *supra* nota 22.

³⁶ Ley 100 de 1993, publicada en el *Diario Oficial*, no. 41148, 23 de diciembre, 1993.

³⁷ Entre los pocos cambios introducidos por el Legislativo a la Reforma Laboral está uno que se publicitó como un avance para los derechos de las

Los informes de derechos humanos subrayan que en Colombia la licencia de maternidad es de doce semanas y el despido en estado de embarazo está prohibido. Sin embargo, el vínculo de la reforma laboral en su totalidad con la reforma al régimen de seguridad social muestra una situación menos satisfactoria que la que revelan los reportes de derechos humanos. El resultado concreto de la aplicación de las normas en su conjunto ha mostrado que la protección contra el despido y el goce de la licencia, en principio, se aplican sólo a un grupo de trabajadoras, no a todas. El problema real está en el tipo de contrato laboral con el que cuenta la trabajadora, y en la dependencia del seguro a la existencia de un contrato laboral. Este tema debe ser analizado desde dos perspectivas: primera, la estrictamente legal, y segunda, la de las prácticas ilegales de los empleadores. En lo que se refiere al régimen estrictamente legal, existen contratos que no contemplan de manera explícita la protección contra el despido de la mujer embarazada, y que permiten los despidos en estas circunstancias. Desde el punto de vista de las prácticas empresariales, las normas vigentes, unidas a las reglas procesales sobre la carga de la prueba, facilitan la actuación ilegal de algunos empleadores que despiden a las trabajadoras en estado de embarazo, con muy poca probabilidad de sufrir consecuencias legales. Con la pérdida del empleo se pierde la afiliación al seguro, y la posibilidad de recibir el pago de la licencia de maternidad.

A partir de la reforma de 1990, existen dos tipos de contrato en los cuales las trabajadoras en estado de embarazo están desprotegidas por la ley: el contrato a término definido menor a un año y el contrato como trabajadora temporal. Estos contratos son más frecuentes en los estratos socioeconómicos más bajos. Con su creación, la reforma buscaba “flexibilizar el contrato laboral”; flexibilización que implica que para el empleador sea más fácil contratar trabajadores sin que le esté prohibido su despido. El plato fuerte de la flexibilización fue permitir los contratos a término fijo o definido inferiores

mujeres: la ampliación de la licencia de maternidad de 8 a 12 semanas y la introducción de la posibilidad de que una de estas doce semanas la madre la cediera a su compañero. Código Sustantivo Laboral, art. 236, reformado por la Ley 50 de 1990.

a un año; es decir, permitir la contratación de un trabajador por unos cuantos meses únicamente, y aceptar que se pueda terminar su contrato libremente al finalizar este periodo o después de la prórroga.³⁸ La falta de prórroga no tiene que estar justificada; razón por la cual, en la práctica, el contrato puede no prorrogarse porque la trabajadora está embarazada, sin que haya lugar a indemnización.

Además de admitir estos contratos, la reforma de 1990 reglamentó las empresas de servicios temporales, creando así la categoría de trabajadores temporales.³⁹ El fin era permitir que estas empresas contrataran servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades, mediante personas contratadas directamente por la empresa de servicios temporales. La idea es que la empresa pueda contratar trabajadores “en misión”, es decir, sólo para una labor; por ejemplo, para recoger una cosecha. Los trabajadores en misión son trabajadores de la empresa de servicios temporales y no de la empresa en donde están trabajando. En principio, los trabajadores en misión tienen los mismos derechos laborales que los trabajadores ordinarios y se les aplican las normas del régimen laboral “en lo pertinente”. Sin embargo, el Código no dice cuáles son los derechos pertinentes, y no menciona específicamente el caso del embarazo de la trabajadora en las empresas temporales. Esta vaguedad respecto a la fecha de terminación de un trabajo temporal está relacionada con la falta de claridad en cuanto a la temporalidad, lo cual le permite a la empresa que subcontrata a sus trabajadores a través de una empresa temporal dar por terminado el contrato de una trabajadora embarazada cuando lo considere. En conclusión, en ambos contratos la trabajadora no goza de manera explícita de la estabilidad laboral reforzada por embarazo, y pierde el empleo si el empleador no extiende el contrato (en el caso del contrato a término definido) o si el empleador decide que

³⁸ La antigua norma permitía el contrato a término definido, pero no podía ser inferior a un año; de lo contrario se causaba indemnización. La diferencia entre el contrato a término fijo y el contrato a término indefinido es que el primero puede darse por terminado sin justificación y sin pago de indemnización al terminar el periodo. Código Sustantivo Laboral, reformado por la Ley 50 de 1990, art. 46.

³⁹ Código Sustantivo Laboral, reformado por la Ley 50 de 1990, arts. 71-94.

se acabó la labor para la cual fue contratada (en el caso del contrato con una empresa de servicios temporales).

El efecto de la terminación del contrato, sea a término definido o con una empresa de servicios temporales, no es sólo que la trabajadora deje de percibir el salario. El efecto, por las leyes existentes relativas a la seguridad social, es que además deja de recibir, por parte de la aseguradora, los servicios de salud y el pago de la licencia de maternidad, ya que ambos derechos están ligados al contrato laboral. Así, una trabajadora que pierde su trabajo pierde su afiliación al seguro de salud. Su esperanza, entonces, de recibir atención durante el embarazo radica en alguna de las siguientes hipótesis: la mujer es afiliada beneficiaria de su pareja, recibe servicios subsidiados, o consigue otro trabajo. La atención del embarazo y del parto depende de que la mujer esté cotizando para el régimen de seguridad social, o de que sea beneficiaria del régimen subsidiado.⁴⁰

En lo que respecta a la licencia de maternidad el despido tiene graves consecuencias, ya que la mujer tiene que cumplir con un periodo mínimo de cotización para hacerse acreedora al pago de la licencia; y, a partir de 1998, el tiempo mínimo de cotización para recibir la licencia de maternidad es igual al de la gestación.⁴¹ Es decir, al perder el trabajo, una mujer en estado de embarazo pierde el derecho al pago de la licencia por parte de la entidad aseguradora, si no cotiza durante toda la gestación.

Esta norma, además, garantiza que la mujer embarazada no consiga trabajo. Según la Ley, si hay una relación laboral y la mujer en estado de embarazo cotiza por un periodo inferior a la duración de la gestación, es deber del empleador y no de la EPS pagar la licencia.⁴² Ello quiere decir que el

⁴⁰ Según la Ley 100 de 1993, la maternidad está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud (plan obligatorio para las y los trabajadores), pero los servicios específicamente prestados deben ser especificados por el Gobierno. Ley 100 de 1993, *supra* nota 36, art. 162. Actualmente no hay un periodo mínimo de cotización para el tratamiento integral del embarazo, parto y puerperio, y basta con tener la afiliación al seguro. MINISTERIO DE SALUD, Decreto 806 de 1998, publicado en el *Diario Oficial*, 5 de mayo, 1998, art. 62.

⁴¹ *Ibid.*, MINISTERIO DE SALUD, art. 63.

⁴² MINISTERIO DE SALUD, Decreto 047 de 2000, publicado en el *Diario Oficial*, 7 de febrero, 2000, art. 3.

empleador que contrate a una mujer en estado de embarazo deberá asumir el pago de la licencia de maternidad. En la práctica, esto sencillamente garantiza que los empleadores se abstengan de contratar a mujeres embarazadas.

C. PRÁCTICAS ILEGALES

Sin embargo, no es sólo dentro de la aplicación de la reforma donde las mujeres quedan desprotegidas. Entrevistas con los funcionarios públicos encargados de hacer aplicar las normas laborales revelan que el efecto más nefasto de esta flexibilización está en el tipo de maniobra ilegal que les permite hacer a las empresas.⁴³ En lo que se refiere a las trabajadoras temporales, como en el caso de Alejandra, la falta de definición del Código permite una maniobra muy sencilla: el trabajo es temporal, y se acaba cuando la trabajadora queda embarazada. Cae entonces sobre la trabajadora la carga de la prueba de demostrar que la labor específica para la cual fue contratada continúa y, para probarlo, debe iniciar un juicio laboral ordinario que requiere abogado, y puede durar años. Es un gasto injustificable para una trabajadora que vive del salario mínimo.

Otra maniobra ilegal común es que al contratar al empleado éste firma un contrato a término fijo de dos o tres meses, que no tiene fecha de inicio. En el momento en que se despide al empleado, el empleador llena la fecha, colocando como inicio del contrato sólo dos o tres meses antes del despido. Aparece como un contrato a término definido por dos o tres meses, sin importar cuánto tiempo haya trabajado realmente. Las prestaciones debidas al trabajador, como pueden ser las vacaciones o las primas, se calculan sobre este periodo y no sobre el periodo real de trabajo. Si el trabajador desea demandar a la empresa, le queda la difícil carga de probar el fraude en el contrato y, además, debe incurrir en los gastos del largo proceso laboral ordinario. Una vez más, para un trabajador que gana el salario mínimo, esto no se justifica.

Para empeorar la situación, en el caso del embarazo las empresas se resisten a reconocer que saben que la empleada está embarazada. Si reconocen que lo saben, deben pa-

⁴³ LEMAITRE y MUÑOZ, *supra* nota 5.

gar la indemnización y, posiblemente, la licencia de maternidad. Entonces aparecen prácticas como los despidos por rumores de embarazo, antes de que exista una notificación formal, o se niega aceptar la notificación formal, o se destruyen las pruebas de haberla recibido. Así, la empleada que no alcanza a dar la notificación formal o que no tiene la prueba de que ésta fue recibida se encuentra en una inmensa desventaja probatoria ante un eventual juicio.

D. LA REACCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A partir del año 2001, y en especial a partir del 2002, cuando se posesiona una nueva Corte Constitucional, su jurisprudencia se ocupa de la desprotección de las mujeres embarazadas en los contratos “flexibles”. En un principio la Corte niega el amparo de la Tutela a las mujeres despedidas por empresas de servicios temporales o en contratos a término fijo.⁴⁴ Sin embargo, a partir del 2002, la Corte, conocedora de los abusos que se cometen en la práctica, introduce una nueva consideración: los empleadores deben probar que existe una causa objetiva para la terminación del contrato, y que ésta no es una mera sanción por el embarazo. En el caso de las empresas de servicios temporales, éstas deben probar que en realidad se terminó la labor temporal.⁴⁵ Este principio también lo aplica la Corte a los contratos de prestación de servicios y a los contratos a término definido, estableciendo que:

Independientemente de la clase de contrato que soporte la relación de trabajo de la mujer en embarazo, opera la prohibición de terminar unilateralmente el contrato respectivo por causa o en ocasión del mismo.⁴⁶

La Corte señala en repetidas ocasiones que en la práctica se utiliza la flexibilidad del contrato para despedir a la mujer por estar embarazada, y que ello es inconstitucional. En su

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, las Sentencias T-1090 de 2001 y T-255 de 2001. En la primera, la Corte negó el amparo por considerar que efectivamente había terminado la labor temporal, y en la segunda, porque no había prueba de que la actividad temporal continuara.

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, las Sentencias T-202 de 2002, T-862 de 2003 y T90 de 2004, Corte Constitucional.

⁴⁶ Sentencia T-501 de 2004, Corte Constitucional.

jurisprudencia insiste en que el contrato no se puede dar por terminado por este motivo, sino por un motivo “objetivo”. Pero en las ocasiones en que se prueba que este motivo sí existió, entonces la terminación del contrato queda respaldada. Es el caso, por ejemplo, de la empresa de servicios temporales que pierde el contrato para suministrar sus servicios, resultando en la terminación del contrato de todo un grupo de trabajadores, hombres y mujeres, y no sólo de la mujer embarazada.⁴⁷ En este caso, sigue primando la naturaleza flexible del contrato, de acuerdo con el espíritu de la reforma laboral de 1990.

E. COEXISTENCIA DE REFORMAS Y GLOBALIZACIONES

El nuevo constitucionalismo, así como las reformas a los regímenes laborales y de seguridad social, corresponden a dos olas de reformas de los años noventa; dos formas quizá contradictorias de globalización del Derecho en la postguerra fría. El nuevo constitucionalismo corresponde a una globalización de las normas de derechos humanos y del Estado de Derecho, como pilares de la democracia. De diversas maneras las abogadas feministas han estado de acuerdo con estas reformas o las han aprovechado para alcanzar sus propios fines. Pero al mismo tiempo ha habido una ola de reformas al Derecho que busca establecer las bases legales para el desarrollo del capitalismo, y dentro de esta segunda ola están las reformas a los regímenes laborales y los regímenes de la seguridad social. Ambas olas de reformas, como se ve en el caso colombiano, no son necesariamente compatibles.

Así, la historia de Alejandra llama la atención sobre la importancia de que la reforma legal feminista tenga en cuenta el funcionamiento general del sistema, tanto en su aplicación legal como en las artimañas que posibilita. No se trata sólo de reformar e implementar la Ley sino de examinar la forma como la combinación de diversas regulaciones opera en detrimento de las mujeres reales e, incluso, del espíritu progresista que inspira las normas individuales. Y no se puede contar siempre con tener jueces progresistas, sino que se debe, en la medida de lo posible, prever los abusos futuros.

⁴⁷ Sentencia T-872 de 2004, Corte Constitucional.

Se hace necesario, entonces, estar atentos, no sólo a las normas que de manera específica afectan a las mujeres, sino también a las normas y políticas que de manera indirecta producen efectos discriminatorios, como las normas generales de desprotección laboral y los acuerdos de libre comercio. Sería importante crear alianzas con otros sectores progresistas de la sociedad, como es el caso de los grupos preocupados por el deterioro de los indicadores sociales.⁴⁸ Finalmente, cada vez será más importante hacer estudios como los que ha publicado recientemente la CEPAL sobre el impacto de género en las reformas legales y en las políticas públicas, que en su inicio no parecían tener interés para las feministas, como es el caso de la reforma pensional en varios países de la región.⁴⁹

III. LA CONCIENCIA JURÍDICA

A. OLGA

Me llamo Olga Galindo y tengo 21 años. Estoy casada y tengo siete meses de embarazo del primer hijo. Vivo con mi esposo, los papás de mi esposo y una tía de él. Él trabaja con el supermercado Carulla, en la bodega. Es menor que yo: tiene 20 años. Yo terminé el bachillerato y ya, y hace casi dos años estoy trabajando en la lavandería del hospital psiquiátrico de Sibaté que manejan las hermanas dominicas. En el trabajo toca recoger la ropa, llevar la ropa a los servicios, apartar la ropa, botar la que está rota... Me pagan el mínimo,⁵⁰ con subsidio de transporte; todo común y corriente, prestaciones, caja de compensación y todo.

Yo soy de buenas por estar trabajando porque por poquito me despiden. Mejor dicho, cuando yo quedé embarazada sabía que me iban a despedir porque no iba a ser la primera a quien le hicieran esto; como dos meses antes había dos chicas que habían quedado en embarazo y a ellas las habían

⁴⁸ Por ejemplo, es lamentable que no sea más fuerte la presencia de los grupos feministas de la región en el Foro Social Mundial.

⁴⁹ HAYDÉE BIRGIN y LAURA PAUTASSI, *¿Género en la reforma o reforma sin género?: desprotección social en las leyes previsionales de América Latina*, Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

⁵⁰ Aproximadamente 150 dólares.

despedido; entonces, lógicamente por el hecho de que yo estuviera embarazada ya sabía que me iban a despedir; entonces, cuando pasaba el tiempo, la gente me comentaba: “Eso todavía no se le nota, aguántese un poquito, espérese”, para que no informara.

Pero a mí me daba rabia y yo pensaba: “Sea lo que sea, yo no tengo por qué esconder a mi bebé”; porque yo no cometí ningún delito; nunca compartí la idea de esconderme y hacerme la boba, y tener que trabajar fuera como fuera, si me sentía mal, para que no se dieran cuenta. No era justo. Y como el segundo mes de embarazo realmente me dio tan duro, entonces era imposible y me dije: “No, no puedo ponerme en ese plan. Un bebé no es un delito, ni una enfermedad”.

Entonces, cuando tenía como dos meses y medio, le avisé a la jefe de recursos humanos y le dije: “Bueno, doctora Rocío, lo que pasa es que yo necesito informarle que estoy embarazada”. Me dijo: “Ah bueno, Olga, usted sabe que en ese caso nosotros terminamos con su contrato. Usted sabe que en estos casos, cuando la muchacha queda embarazada, nosotros no podemos tenerla, ni pagarle la licencia de maternidad, ni nada; entonces, ya que nos informó, usted sabe de antemano que simplemente su contrato ha sido cerrado”. Yo le dije: “Bueno, muchísimas gracias, sin embargo”. Y eso fue todo.

O sea, ahí es cuando le entra a uno la rabia. No tanto por el bebé o porque lo echen a uno, sino porque lo hacen creyendo que ellas tienen el derecho de hacerlo, si uno sabe que eso no se puede hacer. Es que yo no cometí un delito ni nada de eso; es que supuestamente ellas tienen un cargo más alto porque son monjas y por eso creen que tienen el derecho de pisotearlo a uno.

Yo tenía un contrato abierto; el contrato me lo hicieron firmar, pero era un contrato abierto. Mejor dicho, como indefinido, porque no tenía abajo la fecha de terminación, ni decía cuándo vencía. Pero en cualquier momento se terminaba y ya, o se cerraba, como ellas decían. Pero bueno, yo seguí yendo a trabajar, de todas maneras, porque ella me había dicho que el contrato estaba abierto, sin fecha de vencimiento, y yo le avisé en marzo; lógicamente ella me dejaba sólo terminar ese mesecito, porque le avisé a principios de marzo; como el 15, ella me mandó la carta de despido.

En esos momentos yo pensaba y pensaba, pero luego me resigné. O sea, pensé que así como yo cumpla con mi trabajo, no porque me paguen sino por el cariño y la vocación que yo tengo hacia los pacientes del hospital, porque ese hospital es femenino y la tarea de uno no es solamente dedicarse a trabajar, trabaje y trabaje, no; uno tiene que tener cierta capacidad, cierta vocación para trabajar con las pacientes, porque no es fácil y yo a ellas las quiero muchísimo; porque para mí trabajar con esa gente y con niños de la calle es algo que me da mucha satisfacción. Entonces yo pensaba que eso no me podía estar pasando.

Cuando las pacientitas se enteraron que yo estaba embarazada y que me iban a despedir, una de las más cuerditas me dijo: “Ay no, Olga, nosotros vamos a hablar para que no la echen”; pues porque para mí fue tristísimo. “Nosotras vamos a rezar para que no la echen”. Por ellas y por mí fue que decidí ir a hacer eso; todas me decían que yo tenía derechos; y además, como yo había cumplido con mis deberes, con mis horarios, yo también tenía mis derechos; pero a mí me daba miedo hacer algo.

Porque yo considero que no es que yo no crea en la justicia sino que acá no sirve; yo dije, me pongo a demandar o algo y como las monjas tienen mucha plata pueden sobornar a alguien y salir ganando. Eso era lo que me detenía para hacer algo. Yo trataba de andar tranquila. De pronto, en esos momentos, el papá del bebé me decía que era mejor que no estuviera trabajando, que era mejor para el bebé, por la cuestión de los olores allá o las actitudes de las pacientes, pues ellas son como bruscas, pero embarazos ahí ha habido muchos, entonces por qué no permitir el mío.

Además mi mamita me decía que fuera a la Defensoría, que no les diera gusto a las monjas: “No sea boba, ellas piensan que usted es boba, que usted es ignorante; no sea boba, usted no ha cometido ningún delito. No importa, haga el intento, usted puede hacerlo”. Entonces yo pensé que tal vez sí. El contrato se vencía el 31 de marzo y estábamos a veinte y algo y no sabía qué hacer porque de pronto las monjas decían que yo era “Olga la mala”; pero mi mamita me dijo que fuera a hacer las vueltas.

Entonces yo me armé de valor, por mí y por mi bebé, pero yo no podía ir a la Defensoría porque estaba trabajando.

Entonces fue mi esposo; esa mañana fue temprano y averiguó y le dijeron que sí, que viniera tal día a las ocho de la mañana; entonces yo sólo pensaba en cómo ir. ¡Qué tal que las monjas se enteraran!, a mí me daba miedo.

Pero al fin sí fuimos a la Defensoría del Pueblo para ver qué posibilidades tenía. Yo pensaba que las cosas no me funcionarían por la clase de contrato que yo tenía. A mí me decían muchas cosas; toda la gente me decía cosas diferentes. Cuando mi esposo fue la primera vez a la Defensoría, cuando llegó me dijo lo que me habían mandado a decir: que ellas no tenían el derecho y que un abogado de allá le había dicho que yo tenía las de ganar. Eso pasó como cuatro o tres días antes de que me terminaran el contrato, como el 27 de marzo.

Cuando fuimos, el abogado de la Defensoría me hizo una carta y me dijo que fuera y se la entregara a las monjas al otro día. No, pues qué miedo, ¿cómo hacía yo ahí? Pero yo misma pensaba que tenía que ir con la cabeza en alto, porque yo no había hecho nada malo; y me llené de valor y me fui a llevar la carta.

Cuando la jefe de personal me vio me dijo: “Olga, qué bueno, ¿me trae la hoja de vida de su esposo?”. Porque ellas lo despedían a uno pero contrataban al esposo; hacían esa oferta. Y entonces me dio como una risa nerviosa y yo le dije que no. Ella me decía que tranquila y yo por dentro pensaba: “Sí cómo no, la hoja de vida, sobre todo”. Y le dije: “No, es que aquí le traigo esto”. Y bueno, empezó a leer, se puso como pálida y se quedó sin palabras; no me decía nada. Se quedó como estampada hasta que me dijo: “Bueno, bueno, nosotros responderemos esta carta. Hasta luego”. Yo también le dije hasta luego.

Yo pensaba: “¿Será que pueden ser tan ignorantes de hacer lo que hacen si saben que está mal hecho?”. Yo creía que ellas tenían un as bajo la manga para poder hacer eso. Pero, entonces, exactamente al día siguiente, como el 30 de marzo, ella me llamó. Me dijo que me llamaba para que leyera una carta. Yo la empecé a leer y la carta decía que el contrato que ella me había dado, el primer contrato, no tenía eficacia, y que el que me había dado hasta el 31 de marzo tampoco tenía eficacia, y que supuestamente me lo iban a prorrogar, como al resto de mis compañeros, hasta el 31 de junio; sí, porque a mis compañeros y a mí, a todo el mundo, nos

hacían firmar contratos de dos o tres meses, y luego nos hacían firmar otro, y así íbamos de tres meses en tres meses.

Ellas mismas me preguntaban unas cosas acerca de la carta de la Defensoría del Pueblo; porque la carta de la Defensoría decía que con esa actitud ellas me estaban discriminando, por el motivo de mi embarazo, porque si mis compañeros tenían contrato hasta el 31 de junio, el mío me lo habían dejado sólo hasta el 31 de marzo. Entonces, por eso me estaban discriminando; ellos pedían que me trataran como al resto de los trabajadores. Por eso la carta de la jefe de personal ahora decía que mi contrato iba hasta el 31 de junio.

Entonces, bueno, hasta ahí todo era bueno, pero yo pensaba lo que pasaría cuando llegara junio; ahí sí para afuera, pero mi mamá me decía que ahí sí no, porque no se iban a meter en otro problema. Ella decía que las monjas ya no tenían nada qué hacer; pero yo siempre me imaginaba que ellas de alguna u otra forma tenían que hacer algo; yo no creía que se fueran a dejar así de fácil. Pero llegó junio y no me despidieron.

Y a final de junio otra vez la jefe de recursos humanos me llamó; hace como unos diítas me llamó y me dijo que necesitaba el contrato que me había dado y la carta en la que ella me decía que me prorrogaba el contrato y que el otro no tenía eficacia, y que me lo prorrogaba de nuevo porque para la licencia de maternidad y los papeles de eso a ellas les habían exigido que yo tenía que tener un contrato a término indefinido. Entonces yo le llevé al otro día el contrato y ella me dijo que listo, que ellas miraban a ver cómo prorrogaban o miraban qué hacían para que mi contrato quedara a término indefinido, para que me dieran sin problema la licencia de maternidad. Le dije: “Ah bueno”, y se los dejé y... bueno, en esas estamos.

El abogado de la Defensoría me dijo que si había un problema o algo, que me comunicara con él; que él pensaba que las monjas ya no me iban a echar; que como iban las cosas, él estaba seguro de que eso iba muy bien. Que si ellas hubieran tenido una doble intención ya lo hubieran hecho, y que en caso de que algo sucediera, que fuera inmediatamente a la Defensoría del Pueblo.

Ahora estoy contenta pues he sentido el apoyo más grande que he podido tener. De verdad, me han apoyado muchísimo en la casa y, sobre todo, con lo del bebé; el papá no se cambia por nadie; mi mami, pues ¡hmm! tampoco; la mamá de él ni hablar; todo el mundo está muy contento: los tíos de él, toda la familia. Toda la familia ha estado esperando a que llegue el bebé; entonces también ha sido bueno porque, es en serio, yo hice lo que tenía que hacer y salí favorecida; y afortunadamente ahorita estoy bien.

Tengo entendido que después de que se cumpla mi licencia de maternidad, a mí me van a despedir. Yo le decía a mi mamá: “Mamá, yo tengo mi bebé, estoy 3 meses en la casa, porque creo que eso es lo que dan, luego vuelvo a trabajar como otros tres meses, porque he escuchado que tres meses después de la licencia a uno no lo pueden despedir, y yo sé que cuando pasen esos meses me echan”.

A veces yo pienso que ellas pueden ser personas normales; van a decir ya lo tuvo, ya que lo tuvo que se quede trabajando. Pero mi mami me dice que más bien espere, porque hoy en día el que tiene una palanca grande, tiene plata o poder, hace lo que quiere con los demás; siempre ha pasado así. Mi marido también me dice que espere; pero él piensa que si todo esto ha llevado a que yo tenga un contrato a término indefinido para ellas las cosas no van a ser tan fáciles; y que si ellas están haciendo todo esto es porque al final agacharon la cabeza. Yo ya no sé.

De todas maneras ahora sí pienso que hay un poquito más de justicia; pero sabe, es terrible esta situación. Yo digo que yo afortunadamente fui de buenas, porque en mi caso me fue bien, se pudieron solucionar las cosas, las cosas salieron a mi favor, o a lo mejor no por ser de buenas, sino porque era justo, porque tiene que ser así; pero hay otros casos que no son así. Entonces, cuando yo pensaba en lo de “Olga la mala” también pensaba mucho en eso, sea lo que sea, aunque yo esté bien, esto puede servir para la gente que lo necesite más que yo, para que las monjas sepan que no pueden hacer lo que quieran; no sólo lo hice por mí, sino por las demás, por las que vienen.

B. LA APLICACIÓN E INAPLICACIÓN DEL DERECHO POR FUERA DE LAS CORTES

La inaplicación del Derecho en Colombia ha sido tema de preocupación desde hace muchos años y es una realidad ampliamente conocida. En los últimos años, por ejemplo, se han hecho esfuerzos por reformar la justicia para disminuir el atraso, la congestión, la impunidad y la falta de acceso a la justicia del ciudadano común.⁵¹ Sin embargo, los problemas de inaplicación permanecen, tanto en su nivel más cotidiano, como es el del ciudadano común que intenta resolver una disputa a través de un proceso ordinario, como en la coexistencia entre la violencia social y las normas que la prohíben y castigan.

En el terreno de la inaplicación de la ley, la desprotección de los derechos humanos guarda un lugar destacado. En Colombia coexiste una de las más progresistas jurisprudencias de la región y del mundo,⁵² la de la Corte Constitucional, con terribles y cotidianas violaciones a los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llama a esta situación la brecha entre el marco legal progresista y la realidad de los derechos humanos.⁵³

Esta realidad no quiere decir que la inaplicación sea total ni que el escepticismo frente al Derecho sea total. El refrán de que la ley se acata pero no se cumple tiene dos lados: el incumplimiento, pero al mismo tiempo el acatamiento. Aun si la ley en gran medida no se cumple, cuando se cumple recibe un respeto ceremonial. Esta ambigüedad entre el fetichismo legal y la inaplicación de la ley se ve reflejada también en una cultura popular ambivalente ante el Derecho. Esta

⁵¹ Véase, por ejemplo, el informe del Consejo Superior de la Judicatura ante el Congreso en 2002, disponible en <www.ramajudicial.gov.co> (link al Consejo Superior de la Judicatura) o los datos sobre el proyecto del Banco Mundial para mejorar la administración de justicia en Colombia, disponible en <www.worldbank.org> (link a los reportes sobre Colombia).

⁵² Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte en materia de derechos sexuales y reproductivos en LUISA CABAL, JULIETA LEMAITRE y MÓNICA ROA (eds.), CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001.

⁵³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia*, N.U. Doc. CCPR/C/79/Add.76 (1997).

ambivalencia está presente en la entrevista de Olga. Ahí se alzan varias voces —la de Olga, la de su madre, la de su esposo, que expresan, por una parte, la esperanza de que la ley traiga justicia e incluso la certeza sobre la injusticia e ilegalidad del despido; pero, por otra parte, expresan las dudas sobre el papel del Derecho en la sociedad: el Derecho le sirve a quienes tienen poder; la justicia está a la venta, etc.

Dentro de este marco cultural de ambivalencia, y a la sombra de la inaplicación de la ley, es inevitable cuestionar la búsqueda de la protección judicial de los derechos por parte de las feministas que apoyan la reforma legal. En los Estados Unidos, donde un Estado fuerte y pudiente garantiza una mayor aplicación de la ley, ha habido un intenso debate sobre la efectividad de la reforma legal.⁵⁴ La posición dominante que plantea la importancia de los derechos y de la reforma legal como un instrumento importante para la justicia social ha recibido duras críticas, tanto de derecha como de izquierda. Desde la derecha se acusa al garantismo de los derechos de corroer las virtudes americanas de independencia y auto-

⁵⁴ Véase ISABEL CRISTINA JARAMILLO, "Instrucciones para salir del discurso de los derechos", en *La crítica a los derechos*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003. Véase además: DUNCAN KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1997; MARTHA MINOW, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 1860-1915; ELIZABETH SCHNEIDER, *Battered Women and Feminist Lawmaking*, Yale University Press, New Haven, 2000; KIMBERLE CRENSHAW, "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti Discrimination Law", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, pp. 1331-1387; LUCIE WHITE, "Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients to Speak", *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 16, 1988, pp. 535-564; PATRICIA WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991; STUART SCHEINGOLD, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, 2ª ed., University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004; SALLY E. MERRY, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working Class Americans*, University of Chicago Press, Chicago, 1990; JOHN BRIGHAM, *The Constitution of Interests: Beyond the Politics of Rights*, New York University Press, Nueva York, 1996; MICHAEL McCANN, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago University Press, Chicago, 1994; HELENA SILVERSTEIN, *Unleashing Rights: Law, Meaning, and the Animal Rights Movement*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1996; PATRICIA EWICK y SUSAN SILBEBY, *Common Place of Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1998; DAVID ENGEL y FRANK MUNGER, *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with Disabilities*, University of Chicago Press, Chicago, 2003.

suficiencia.⁵⁵ Desde la izquierda, se critica que los derechos son en sí mismos un mecanismo de legitimación del sistema y que en la práctica las cortes rara vez logran resolver situaciones de injusticia individual y casi nunca de injusticia que afecte a grandes grupos poblacionales.⁵⁶

El alcance de este debate en el ámbito colombiano es relativo, si se tienen en cuenta las grandes diferencias culturales y estructurales, especialmente en cuanto a las capacidades del Estado y a las virtudes de la administración de justicia. Sería más relevante, quizá, que antes de preguntarnos por la justificación que hace el Derecho del *estatus quo*, nos preguntemos cuál es su papel —y por lo tanto el papel de la reforma legal— en medio de la inaplicación generalizada del Derecho y los derechos.⁵⁷ La invitación que hace este artículo es a buscar en los testimonios de las usuarias del Derecho, y en nuestra propia experiencia con la reforma, la respuesta a esta pregunta, en lugar de buscarla en los textos de filosofía jurídica. Una respuesta posible es que el papel de la reforma legal en nuestro contexto depende, de manera central, de que se logre generar una conciencia de derechos y deberes que asegure su implementación a pesar de la debilidad del Estado y, sobre todo, del aparato de justicia.

C. LA CONCIENCIA DE DERECHOS Y DEBERES

La narración del despido de Olga llama la atención sobre un elemento central para la implementación de la reforma: la conciencia de que ella tenía un derecho, y sus empleadoras un deber. Cuando Olga es despedida, lo mismo que Gloria y Alejandra, recibe el apoyo de familiares y amigos que le insisten en que “eso no se puede hacer”. Es decir, existe una conciencia importante sobre el derecho a no ser despedida en estado de embarazo: el despido no se comprende como una mala jugada del destino o como una fatalidad, sino como

⁵⁵ Véase, por ejemplo, MARY ANN GLENDON, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, Nueva York, 1991.

⁵⁶ Véase *supra* nota 53.

⁵⁷ Muchos analistas y comentaristas de Colombia relacionan, además, la debilidad del Estado, en particular del sistema de justicia, con la situación de violencia social. Véase, por ejemplo, MARCO PALACIOS y FRANK SAFFORD, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, Editorial Norma, Bogotá, 2002, pp. 671-675.

una injusticia ante la cual hay algo que se puede hacer (“no sea boba —le dice la madre—, no se deje”).) Éste es el tipo de conciencia a la que con frecuencia aspira la reforma feminista; es el “empoderamiento de las mujeres” o el “cambio cultural” que se persigue.

Pero, ¿de dónde surge esta conciencia? ¿Surge acaso de la reforma legal? Quiero sugerir que el cambio en la ley es apenas un primer paso para generar esta conciencia, pero no el más importante. Muchas reformas se han quedado sobre el papel. Es el caso de varios códigos laborales de la región, en los que se obliga a las empresas, que tengan más de un cierto número de empleadas, a tener sala cuna, o a permitir el amamantamiento durante la jornada laboral.

La implementación generalizada del Derecho depende de la existencia de esta conciencia. La conciencia la debe tener, primero, la persona afectada, y ojalá con la validación de redes de apoyo. Además, la conciencia de los derechos y deberes debe estar tan generalizada que los empleadores acepten fácilmente, como en este caso, que “eso no se puede hacer”. Es ahí donde la reforma legal empieza a cobrar vida y a dejar de ser papel impreso.

Es muy probable que el litigio no sea central para lograr este tipo de conciencia. Como en el caso de Olga, muchos conflictos se resuelven sin necesidad de acudir a los jueces; y un sin número nunca se presenta, porque los posibles violadores del derecho, en este caso los empleadores, son conscientes de que “eso no se puede hacer”; así, la ley se convierte en norma social (cosa que probablemente no sucede, por dar otro ejemplo, con la Ley de cupos en la administración pública e incluso con la Ley de violencia intrafamiliar).

El ideal es la existencia de un círculo virtuoso, en el que los beneficiarios se sientan empoderados por saber que tienen Derechos, y los poderosos reconozcan la validez de éstos. Este es el caso, por ejemplo, de las leyes que protegen de la discriminación a los discapacitados en Estados Unidos, según la investigación publicada por David Engle y Frank Munger en 2003.⁵⁸ Los autores entrevistaron una muestra aleatoria y representativa de discapacitados para investigar cómo se habían visto afectados por las normas que los protegen.

⁵⁸ ENGEL y MUNGER, *supra* nota 54.

Basándose en las entrevistas, relatan cómo, a pesar de que ninguna de las personas de la muestra utilizó el litigio para defender sus derechos,⁵⁹ para todos, los derechos eran importantes. Los derechos les aumentaron la autoestima, mejoraron sus posibilidades profesionales y cambiaron las percepciones y actitudes de sus jefes y compañeros de trabajo. Éste es el objetivo del “empoderamiento” y del “cambio cultural”.

D. ELEMENTOS PARA UNA CONCIENCIA DE DERECHOS Y DEBERES

A partir de las entrevistas, propongo identificar tres elementos necesarios para la conciencia de derechos y deberes; elementos que están especialmente presentes en el caso de Olga. Éstos son: conocimiento de la norma; existencia de un movimiento social sostenido en el tiempo que exige la aplicación de la norma; colaboración entre el movimiento social y las agencias estatales de vigilancia.

Para que haya conocimiento de la norma no basta con que exista; debe además divulgarse y lograr un cierto grado de aceptación. Mal podría haber conciencia de un derecho desconocido.⁶⁰ La prohibición del despido de la mujer embarazada tiene un cierto grado de divulgación; de manera que cuando le sucede a Olga hay varias personas a su alrededor que le insisten que acuda a las autoridades. ¿Cómo llegan a saber que la norma existe estas personas que rodean a Olga? Puede deberse a que es una norma que ha estado vigente desde hace suficientes años como para que haya habido un

⁵⁹ La investigación de Engel y Munger, a diferencia de la mayoría de las investigaciones sobre la implementación de los derechos, no se concentró en las personas que tienen conflictos y necesitan defender sus derechos (como es el caso de las entrevistas que hicimos para este trabajo). Tomaron una muestra representativa de discapacitados, y resultó que la muestra, tomada de manera aleatoria a partir de anuncios de prensa que invitaban a participar en el estudio, no incluía a personas que hubieran ido a las cortes a defender su derecho a no ser discriminado por ser discapacitado.

⁶⁰ ¿Puede, sin embargo, haber una cierta conciencia de derechos cuando éstos no existen en la ley? Es cierto que muchos reclamos por los derechos anteceden a su existencia legal y utilizan un lenguaje fincado en el derecho natural, en el cual se pueden tener derechos por fuera de lo que diga el ordenamiento. En este artículo, como hablamos de la reforma legal, no se tocan estos casos.

proceso de divulgación; pero esto no basta: además de la existencia de la norma sobre el papel, es su aplicación cotidiana la que ha asegurado su divulgación y ésta, a su vez, genera mayor aplicación cotidiana.

En el caso de la prohibición del despido de la mujer embarazada, esta espiral incremental de mayor aplicación, mayor divulgación y, como resultado, mayor conciencia, ha venido de la mano de la historia del Derecho laboral. A diferencia de muchas otras reformas feministas en Colombia, las reformas que benefician a las mujeres trabajadoras han gozado de dos elementos importantes como motor de su divulgación e implementación: un movimiento social fuerte que las impulsa y unas agencias estatales que las defienden.⁶¹

El segundo elemento que genera conciencia de derechos y deberes es la existencia de un movimiento social que divulgue y exija derechos. Esto es particularmente importante cuando se trata de reformas legales que, como la reforma feminista, no se basan en creencias aceptadas por la comunidad, sino que, por el contrario, pretenden cambiar las prácticas discriminatorias tradicionales. En efecto, quizá uno de los elementos más importantes para una reforma legal exitosa es la existencia de un movimiento social que abogue por su implementación.

Además, el ejemplo de Olga muestra la importancia de un tercer elemento: la existencia de agencias estatales de vigilancia, ojalá con vínculos con el movimiento social, o que por lo menos simpaticen con la causa. En mi opinión, para la creación de conciencia no basta con las cortes: éstas se encuentran limitadas por las demoras en los tiempos procesales; y además, acudir a ellas requiere de un mínimo de recursos. De hecho, tradicionalmente la rama judicial no ha liderado el cambio social, y este papel dentro del Estado, cuando se da, proviene del ejecutivo; en particular, de agencias especializadas. Las agencias estatales, además, pueden atender al público de manera gratuita y cumplir una labor de implementación efectiva por fuera del procedimiento judicial, como

⁶¹ El movimiento social, para el caso, es el de los trabajadores. Las agencias estatales son las inspecciones de trabajo y otras oficinas del Ministerio, pero a raíz de la nueva Constitución se han ampliado, ya que hay más agencias preocupadas por la defensa de los derechos. En el caso de Olga, la ayuda provino de la Defensoría del Pueblo.

sucedió en el caso de Olga. La relación entre la agencia estatal y el movimiento social garantiza, además, que haya una presión sobre los otros organismos del Estado para implementar la reforma, y sobre la sociedad para reconocer la legitimidad de la misma.

La tarea de la reforma legal es entonces bastante compleja; no se agota en la reforma misma. Implica que esté comprometida con un proceso complejo de cambio cultural, que requiera un cierto nivel de organización social e institucional que subsiste más allá del esfuerzo por cambiar la ley. La inaplicación de la ley, la impunidad, la debilidad del Estado y la cultura del irrespeto a las normas, hacen pensar que el esfuerzo estratégico y táctico de la reforma legal es mucho más complejo de lo que aparece a primera vista; y, ciertamente, no puede depender ni de cambiar las leyes, ni de hacer “litigio de impacto”.

E. ¿PARA QUÉ SIRVE EL LITIGIO?

Frente a este panorama, ¿cuál es el rol del llamado “litigio de impacto” como creador de conciencia? El litigio de impacto tiene una larga tradición en los Estados Unidos, donde el precedente judicial tiene una gran importancia, pero es relativamente nuevo para los sistemas de Derecho de América Latina, donde la reforma legal implica el proceso legislativo antes que el judicial. Sin embargo, por lo menos en Colombia, el “nuevo constitucionalismo” ha traído también un interés sobre las posibilidades del litigio de impacto, por el poder que tienen legalmente (y culturalmente) las decisiones de la Corte Constitucional.⁶²

Además de afectar los movimientos sociales, el litigio de impacto logra la difusión de la norma y refuerza su aceptación y aplicación cotidianas. Algunos autores consideran que la nueva Constitución y la doctrina sentada por la Corte Constitucional ha resultado en la “constitucionalización de la vida cotidiana”,⁶³ cuyo efecto principal ha sido el de estimu-

⁶² MAURICIO GARCÍA y RODRIGO UPRIMNY, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación y violencia en Colombia*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA (eds.), Editorial Norma, Bogotá, 2004.

⁶³ La idea del Derecho en la vida cotidiana se ha desarrollado en Estados Unidos en torno al llamado Seminario de Amherst, en el cual un grupo de

lar el reclamo de derechos y la constitución de movimientos sociales a partir de este reclamo.⁶⁴ Si bien la Corte cumple un papel importante, que genera grandes esperanzas, no hay que olvidar que el nuevo constitucionalismo es una situación excepcional.

Así, las preguntas, sin embargo, permanecen: ¿el litigio de impacto que no va acompañado de una organización social fuerte, ni de agencias estatales especializadas para la implementación de la ley, puede en realidad lograr un cambio cultural? En mi opinión, la utilidad del litigio, incluso dentro del contexto del “nuevo constitucionalismo”, es muy limitada, y se requiere de los elementos mencionados para lograr una verdadera conciencia de derechos.

CONCLUSIÓN

La pregunta que falta responder es, entonces, si este estudio de caso ilumina la pertinencia de la reforma legal feminista. Evidentemente, la reforma vale la pena, siempre y cuando genere un beneficio real. Pero, ¿cuándo genera un beneficio real? La respuesta no puede ser que el beneficio está en el sólo hecho de cambiar la norma. Esto puede ser indiferente cuando no causar un perjuicio. El beneficio puede ser la posibilidad latente de que algún día se aplique. Pero el perjuicio es incluso mayor: la existencia de la norma justa le quita responsabilidad por su inaplicación al Estado; o por lo menos hace muy difícil probar que el Estado es responsable por ello. El cambio normativo legitima, además, al Estado, como si en efecto tuviera la intención de respetar y hacer cumplir la norma, incluso cuando no existen los mecanismos para hacerlo. Por último, reduce las energías reformistas,

profesores y profesoras interesados en la sociología y la antropología del Derecho han publicado numerosos estudios sobre el efecto del Derecho en la vida cotidiana. Véase, por ejemplo, la serie de libros sobre Derecho y sociedad editados por Austin Sarat casi todos los años, donde incluye artículos de sus colaboradores y simpatizantes: AUSTIN SARAT y THOMAS KEARNS, *Law in Everyday Life*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993.

⁶⁴ ESTEBAN RESTREPO, “Reforma Constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia”, presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA de 2002, <<http://islandia.law.yale.edu/sela/paper.htm>>, visitada el 29 de abril, 2005.

que sienten que han logrado un cambio, cuando tal cambio no existe. Así, la reforma legal sin implementación beneficia sobre todo al *status quo*.

En el caso estudiado se aprecia una serie de circunstancias que permiten y constriñen la aplicación de la norma. A partir de ello, se puede aventurar una idea inicial: instigar por la aplicación de la reforma feminista desde la sociedad civil, y, de ese modo, lograr que la reforma valga la pena. Las propuestas son dos: la primera se refiere al contenido de las normas, y la segunda al trabajo de movilización que debe acompañar a la reforma.

La primera propuesta se refiere a la reforma legal en sí misma, y se subdivide, a su vez, en dos consideraciones. En primer lugar, la reforma no puede limitarse a la ley sustantiva, sin tener en cuenta el procedimiento por el cual se aplica. La reforma de los procedimientos, para hacerlos más simples y accesibles a la población beneficiaria, debe ser central. Ésta es la lección de la Tutela. En segundo lugar, la reforma debe hacerse con conciencia de la coexistencia de varios regímenes legales, sin limitarse al aspecto de la ley que tiene un evidente efecto de género, sino, en cambio, ampliarse para incluir toda la normatividad aplicable a la situación que se desea cambiar. Ésta es la lección de las reformas neoliberales.

La segunda propuesta se refiere al trabajo de base que debe acompañar a la reforma legal. Ésta es la lección de la conciencia de derechos y deberes. Hace falta acercar la reforma legal a la cultura legal, que permite o no su implementación; lo cual implica acercar la reforma a través de labores de creación de conciencia y organización, tanto a las organizaciones de base como a los funcionarios de rango medio y bajo. Para las abogadas es muy importante entender cómo va a caber esta reforma dentro de la cultura, tanto de las beneficiarias de las normas como de los funcionarios que vigilan su cumplimiento. Habría que debatir con seriedad el papel de “vanguardia” de las reformas feministas cuando éstas no van ni precedidas, ni acompañadas, ni seguidas por organizaciones de base dispuestas a luchar por la implementación de las normas. En mi parecer, es muy difícil que se dé el cambio cultural a partir de la sola reforma de la ley, sin tener en cuenta que el cambio de la letra de la ley debe

conjugarse con un uso de la norma por parte de las beneficiarias y con la disponibilidad de los funcionarios de rangos medios y bajos a aplicar la norma sin resistencia; es decir, con la creación de una conciencia de derechos y deberes.

El caso del despido de la mujer embarazada es quizá excepcionalmente positivo. Por una parte, se ha beneficiado del apoyo de la Corte Constitucional y de la existencia de la Tutela. Además, como lo muestran las narrativas, existe cierta armonía entre lo que dice la norma, la percepción de las mujeres beneficiarias de la ley y sus redes de apoyo, y el activismo de ciertos funcionarios de base. Así, la percepción popular de la existencia de una injusticia y de una ilegalidad se ve confirmada por los funcionarios de agencias especializadas (Defensoría del Pueblo y Ministerio de Trabajo) para crear un ambiente propicio para la implementación de la norma. Sin embargo, esta armonía no surge de la nada, sino que es el resultado de años de creación de conciencia y trabajo de base del movimiento de trabajadores. Por ello, quizá, entre las reformas feministas las del Derecho laboral son quizá un caso excepcional, donde se conjugan el poder de normas y jueces progresistas con la existencia de un movimiento social, aunque débil, activo (de trabajadores), con la presencia de agencias estatales especializadas que vigilan su cumplimiento. Queda entonces por estudiar, a través de trabajos empíricos, qué ha sucedido en otros campos del Derecho y en otros países, para poder evaluar cuál ha sido el impacto de esta década de reformas en la región.

Tercera parte
NUEVOS Y VIEJOS OBSTÁCULOS

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Lidia Casas

ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE UN DEBATE INTERRUMPIDO

En el mes de abril de 2004, después de que las autoridades del Ministerio de Salud de Chile anunciaran el nuevo protocolo de atención a las víctimas de violencia sexual,¹ una fuerte polémica de carácter político se desató en el país. El protocolo incorpora el uso de la anticoncepción de emergencia como medida profiláctica en la prevención de un embarazo no deseado. Como reacción a esta medida, algunos alcaldes² se negaron a entregar las dosis adquiridas por el Ministerio de Salud, invocando al hacerlo la objeción de conciencia.³ El Arzobispo de Santiago, Francisco Javier Errázuriz, apoyó a los alcaldes objetores y llamó a las autoridades católicas a

¹ MINISTERIO DE SALUD, *Normas y Guía Clínica para la atención en servicios de urgencia de personas víctimas de violencia sexual*, Santiago, abril de 2004.

² La atención primaria de salud en Chile tiene un esquema de descentralización en el que las autoridades locales tienen la administración de los centros de salud. No obstante, se deben regir por las normas técnicas emanadas del Ministerio de Salud.

³ ERMY ARAYA y CARLA GALLEGOS, "Píldora: el dilema de los alcaldes de oposición", *La Nación*, 5 de mayo, 2004, p. 2; VÍCTOR HUGO DURÁN y RODRIGO CERDA, "García amenaza con sumariar a alcaldes que boicoteen la píldora", *El Mercurio*, 4 de mayo de 2004, p. C7.

desobedecer las nuevas directivas técnicas del Ministerio de Salud.⁴

El rechazo a prescribir y entregar anticoncepción de emergencia en algunos municipios motivó reacciones diversas. La autoridad sanitaria señaló que habría sanciones para quienes desobedecieran las normas técnicas; pero luego desistió de esta decisión, aduciendo que sería la ciudadanía la que debería condenar a los objetores en las próximas elecciones municipales. De otra parte, un grupo de alcaldes declaró que la entrega del método no sólo se haría a las mujeres que habían sido violadas, sino a toda mujer que lo necesitara.⁵ La ciudadanía, por su parte, se mostraba, en su mayoría, a favor del método de anticoncepción.⁶

Este debate sobre la objeción de conciencia, que en Chile sólo se había dado alrededor de la conscripción obligatoria,⁷ fue corto y quedó suspendido por el fallo de primera instancia que cancela el registro farmacéutico de Postinor2 del Laboratorio Grünenthal⁸ y por la posterior medida precautoria que ordenó la incautación de todas las dosis.⁹ Todo ello podría cambiar en la medida en que la Corte de Apelaciones

⁴ “Cardenal apoya a alcaldes ‘objetores’”, *La Nación*, 3 de mayo, 2004, p. 5.

⁵ VÍCTOR HUGO DURÁN y UZIEL GÓMEZ, “Entrega libre en consultorios: píldora enfrenta a alcaldes con salud”, *El Mercurio*, 17 de abril, 2004, p. C10.

⁶ “Amplio respaldo a entrega de la píldora”, *La Nación*, 13 de mayo, 2004, p. 4. Se muestran los resultados de la encuesta de la Fundación Chile 21 en la que el 67% de los encuestados rechazó las críticas de la Iglesia y el 82% apoya la idea del gobierno de distribuir la píldora en forma gratuita. Por su parte, la encuesta del Centro de Estudios Públicos N° 47 junio-julio de 2004, consideró entre sus preguntas una sobre AE. La pregunta fue: “Se ha debatido sobre un fármaco considerado una contracepción de emergencia, que se conoce como píldora del día después, y que se vende en las farmacias. El gobierno ha ordenado que se distribuya gratuitamente en los consultorios para que se entregue a las mujeres en caso de violación. Si se demuestra científicamente que la píldora puede ser abortiva, ¿cuál de las alternativas refleja mejor su opinión? Se debe distribuir: 65% de los encuestados; no se debe distribuir: 29%; y, no sabe o no contesta: 6%. Véase <<http://www.cepchile.cl>>.”

⁷ Casi simultáneamente se dio inicio a la discusión de un proyecto de Ley sobre servicio militar obligatorio, tema en el que la objeción de conciencia ha cobrado gran fuerza.

⁸ Se trata de un juicio de Derecho público ordinario, de nulidad, de una organización juvenil en contra del Instituto de Salud Pública. Esta organización es una de las que, en el año 2001, había interpuesto un recurso en contra de otro fármaco, obteniendo un fallo favorable en la Corte Suprema.

⁹ Ésta quedó sin efecto, una vez que una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago concediera una medida de no innovar.

de Santiago, en forma unánime, revocó el fallo de primera instancia el 10 de diciembre de 2004, manteniendo firme el registro sanitario.¹⁰

Los usuarios de servicios de salud, especialmente en el sistema público, enfrentan diversos tipos de dificultades para obtener atención oportuna, adecuada y de calidad: el acceso o el costo de los servicios son las más habituales. Ahora los usuarios enfrentan un nuevo obstáculo: las creencias religiosas de los proveedores de salud. Éstas se constituyen en una barrera en el acceso a los servicios de salud, cuando quienes deben prestarlos intervienen en su provisión y los rechazan. En el ámbito de la salud se citan dos tipos de casos de objeción de conciencia: las personas que en calidad de pacientes se niegan a someterse a tratamientos o intervenciones médicas, y los proveedores de salud que por razones de conciencia se niegan a realizar determinados procedimientos médicos.

La objeción de conciencia en medicina es cada vez más frecuente y no se limita a la realización de abortos: afecta a los servicios de anticoncepción y reproducción humana en general. Se presenta en los servicios y consejería anticonceptiva para adolescentes, en la esterilización voluntaria, en la entrega, prescripción y venta de anticoncepción de emergencia a mujeres y niñas víctimas de violación, y en el uso de nuevas técnicas de reproducción, entre otros. En algunos casos se exhibe como un llamado político a que las mayorías reconsideren sus decisiones. En otros casos se manifiesta bajo el ejercicio de un derecho legal, pero puede encubrir una activa militancia. Finalmente, lo que es más frecuente en nuestro medio es la negativa a la prestación de un servicio sin explicación al usuario, lo cual termina siendo una mera y arbitraria negación de servicios que tiene repercusión en el ámbito de la responsabilidad administrativa en los servicios públicos de la salud, y de incumplimiento de contrato y derechos del consumidor en los servicios privados. Esto, sin perjuicio de la violación de los derechos fundamentales de los afectados.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4.200-03, 10 de diciembre, 2004. El demandante presentó en el día de los “no nacidos” (28 de diciembre) un recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, la que tendrá que dilucidar lo que acontezca con el acceso a la AE.

La primera parte de este artículo revisará el tema de la obediencia al Derecho y de cómo se ha entendido y justificado desde la filosofía política. También se analizará la objeción de conciencia para establecer algunos criterios que la diferencian de la desobediencia civil. La segunda parte examinará la relación entre la libertad de pensamiento y credo y sus implicaciones normativas bajo diferentes regímenes de protección de derechos humanos. La tercera parte revisará la objeción de conciencia en materia de salud —especialmente la situación de los proveedores de salud como objetores de conciencia— y proveerá un marco analítico para resolver el conflicto entre el derecho del profesional de la salud a manifestar sus creencias y el derecho de los ciudadanos a recibir servicios de salud sin obstáculos.

I. ¿CÓMO ENTENDER LA DESOBEDIENCIA A LA LEY?

La desobediencia civil es una manifestación de resistencia activa, de carácter político, de personas cuyas creencias políticas o religiosas son contrarias a determinadas leyes de aplicación general. Estas personas consideran que la decisión adoptada por la mayoría no satisface los estándares de justicia e igual respeto a todos los miembros de la comunidad y buscan su modificación. La desobediencia civil —cuyos símbolos más reconocidos son Gandhi en su lucha contra el colonialismo en la India y Martin Luther King, en su lucha contra el segregacionismo racial en Estados Unidos— es de carácter distinto a la objeción de conciencia. En principio, el objetor no busca un cambio, no desobedece como acto político; pretende el reconocimiento de su diferencia individual y busca que ésta justifique su incumplimiento a una regla general.

Para entender la justificación de la desobediencia de la ley, es preciso revisar el pensamiento filosófico que justifica el deber de obediencia al Derecho. En efecto, si bien hay diversas aproximaciones al tema de la obediencia al Derecho desde la filosofía política,¹¹ la mayoría de los autores parten

¹¹ En este sentido, se puede revisar la obra de JOHN RAWLS, *Teoría de la justicia*, 3ª ed., María Dolores González (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 2002; JOHN RAWLS, *Justicia como equidad*, Miguel Ángel Rodilla

de la premisa de que la Constitución de un Estado de Derecho vincula a todos los ciudadanos para cumplir con ciertos deberes, como contrapartida de los beneficios que reciben y para mantener el orden social. Para Rawls, “existe una presunción en favor de la observancia de la ley en ausencia de buenas razones en contra”.¹² La desobediencia a la ley sólo puede existir, entonces, en el contexto de un gobierno democrático o, al menos, en el contexto de procedimientos o compromisos justos. Rawls se refiere a un régimen democrático razonablemente justo¹³ cuando justifica la desobediencia civil. Singer, por su parte, expresa que

[...] la desobediencia a un sistema justo implica que se está dispuesto a imponer a la asociación —o al conglomerado social— los propios puntos de vista. Es un intento de obtener, por la fuerza, mayor influencia que la que tienen otros sobre lo que se debe hacer [...].¹⁴

Así, la idea de un sistema o compromiso justos conjuga dos elementos. Primero, participación e igualdad de oportunidades en la adopción de las decisiones, y segundo, consentimiento.¹⁵

Si bien la idea de la igualdad de condiciones puede ser criticada porque en los hechos no todas las personas tienen igualdad de condiciones de participación en la vida política, un sistema ideal aspira a que nadie sea excluido. Si se violentara tal principio y las opiniones y decisiones de un grupo pesaran más que las de otro, ese sistema no podría ser catalogado como justo. Si el principio de igual libertad en el pensamiento de Rawls está contenido en una constitución o un

(trad.), Editorial Tecnos, Madrid, 1986; RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Ariel Derecho, Barcelona, 1995; PETER SINGER, *Democracia y desobediencia*, Marta Guastavino (trad.), Ariel Derecho, Barcelona, 1985; ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; JORGE MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988; GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; y HENRY DAVID THOREAU, *Desobediencia civil*, Hernando Jiménez (trad.), <<http://www.eserver.org/thoreau/spanishcivil.html>>, visitada el 16 de julio, 2004.

¹² RAWLS, *Justicia como equidad*, *supra* nota 11, p. 100.

¹³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴ SINGER, *supra* nota 11, p. 45.

¹⁵ RAWLS, *Justicia como equidad*, *supra* nota 11, p. 91.

compromiso institucional, se puede proyectar la posibilidad de un resultado justo, a pesar de que el sistema no garantiza que las decisiones sean siempre justas.¹⁶ De allí que, como sostiene Singer, el disidente de una decisión adoptada bajo un modelo institucional justo deba procurar “influir sobre las decisiones mediante el procedimiento estipulado y no por medio de algún otro, incompatible con tal procedimiento”.¹⁷

El consentimiento, por su parte, está vinculado a la idea del contractualismo. Cuando los individuos se someten a ciertos acuerdos de manera voluntaria están moralmente obligados a cumplirlos. Si los ciudadanos se someten a un Estado constitucional y democrático lo hacen bajo el supuesto de que hay una concepción más o menos compartida de la justicia que regula los asuntos públicos e interpreta la Constitución.¹⁸

Dentro de un sistema así concebido, ¿qué trato ha de dar el gobierno a quienes desobedecen las leyes por razones de conciencia? Dworkin responde a esta pregunta aduciendo que “a pesar de que mucha gente cree que el gobierno debe procesar a los objetores y, si los tribunales los condenan, debe castigarlos”,¹⁹ ésta no puede ser la acción a seguir. La cuestión es qué y cuánto incumplimiento es capaz de tolerar el sistema, ya que no todo incumplimiento a un mandato legal es capaz de desestabilizarlo.²⁰ Singer, por su parte, sugiere que si cada uno de los ciudadanos pudiera abstraerse de cumplir con la ley cuando el mandato le disguste, el sistema de procedimientos para adoptar decisiones que regulen la conducta social sería un fracaso.²¹ Todos los autores sugieren que hay un espacio para la disidencia dentro del ordenamiento justo y que, en algunos casos, la desobediencia a

¹⁶ RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, p. 323.

¹⁷ SINGER, *supra* nota 11, p. 55.

¹⁸ RAWLS, *Justicia como equidad*, *supra* nota 11, pp. 94-95.

¹⁹ DWORKIN, *supra* nota 11, p. 304.

²⁰ En efecto, Dworkin señala que en la infracción a preceptos penales, en el caso de un sistema de justicia criminal acusatorio, los fiscales en Estados Unidos gozan de discrecionalidad para utilizar la fuerza penal y acusar al infractor. DWORKIN, *supra* nota 11, p. 305. Bajo el estado actual del sistema de justicia penal en diversos países del continente, los fiscales cuentan con similares atribuciones y pueden optar, por razones de política criminal, por no acusar a una persona que haya incurrido en un delito.

²¹ SINGER, *supra* nota 11, p. 46.

los mandatos de la mayoría es útil, pues cumple la función de corregir el sistema cuando las decisiones son claramente injustas o cuando quebrantan los ideales de justicia.²²

Malem Seña describe, como lo hace Singer, las características centrales de un acto de desobediencia civil.²³ Los actos de desobediencia civil deben satisfacer los siguientes elementos: ser ilegales, públicos, abiertos, voluntarios, conscientes, no-violentos, que respondan a una intencionalidad y tengan motivos expresados y que sean, ante todo, medidas de *ultima ratio*.²⁴

La ilegalidad del acto es una cuestión que parece obvia, aun cuando en los modelos de objetores discutidos por Dworkin es posible que la constitucionalidad del precepto sea cuestionada por el objetor, o que la norma tenga varias posibles interpretaciones.²⁵ La relevancia de que el acto sea pú-

²² Rawls señala en la *Teoría de la justicia*, p. 350: “La teoría de la desobediencia civil complementa la concepción puramente legal de la democracia constitucional. Intenta formular las bases sobre las cuales se puede desobedecer a una autoridad democráticamente legítima, por medios que aunque reconocidamente contrarios a la ley, expresan, no obstante, una fidelidad a la ley y una apelación a los principios políticos fundamentales de un régimen democrático”. Agrega que la desobediencia civil, “siendo una apelación a la base moral de la vida cívica, es un acto político y no religioso que se basa en los principios de justicia de sentido común que los hombres exigen unos a otros y no en afirmaciones de fe religiosa y de amor que no pueden exigir que sean aceptados por todos”, p. 348. A su vez, Peces-Barba señala que “la desobediencia es un comportamiento ante el Derecho basado en razones morales justificadas con finalidades de protesta de las minorías, de reconsideración y de reforma de una norma injusta y... puede fundamentarse positivamente, incluso en sociedades democráticas”, *Derecho y Derechos Fundamentales*, supra nota 11, p. 383.

²³ MALEM SEÑA, supra nota 11, p. 60.

²⁴ *Ibid.*, pp. 60-75.

²⁵ Dworkin, en *Los derechos en serio*, formula tres hipótesis y las posibles respuestas del ciudadano: “a. Si la ley es dudosa, y por consiguiente no está claro si permite que alguien haga lo que quiera, él debe suponer lo peor y actuar sobre la base de que no se lo permite. Debe obedecer a las autoridades del Ejecutivo en lo que manden, aun cuando piensen que se equivocan, en tanto que, si se puede, se vale del proceso político para cambiar la ley [...]. b. Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio, es decir, puede hacer lo que quiera si cree que es más defendible la afirmación de que la ley se lo permite que la afirmación de que la ley se lo prohíbe. Pero únicamente puede seguir su juicio hasta que una institución autorizada, como un tribunal, decida lo contrario en un caso que lo afecte a él o a alguien más. Una vez que se ha llegado a una decisión institucional, el ciudadano debe atenerse a tal decisión, aun cuando la considere equivocada [...]. c. Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio, incluso después de una decisión contraria de la suprema instancia competente”. DWORKIN, supra nota 11, p. 311.

blico y abierto tiene directa relación con la intencionalidad y los móviles del acto, ya que a través de la desobediencia se pretende impactar políticamente al conjunto de la sociedad, en especial a la mayoría, a fin de que ésta reconsidere la decisión que se objeta. Se pretende hacer visible la injusticia de la norma para que la mayoría reflexione y la reconsidere. Por ello, el acto no puede ser encubierto ni secreto sino, por el contrario, público, para informar abiertamente al resto de la comunidad.²⁶ Así, “la simple y secreta evasión de la ley, aun cuando sea realizada atendiendo a las más altas consideraciones de conciencia, no constituye desobediencia civil”.²⁷ Malem Seña destaca que la publicidad del acto ilegal es dar a conocer las profundas convicciones morales de quien lo realiza, quien está consciente y voluntariamente dispuesto a asumir la sanción que merece el incumplimiento.²⁸ Rawls señala que el disidente no justifica su desobediencia apelando a principios de moral personal o a doctrinas religiosas, pues la desobediencia no podría justificarse sólo en la pretensión de un interés individual o colectivo.²⁹

Sobre la cuestión de la no-violencia del acto del desobediente, la doctrina ha considerado que lo relevante es que el desobediente

[...] no responda con violencia a la actuación de los agentes del Estado y que, una vez pronunciada la sentencia, se someta a las decisiones jurisdiccionales, tratando siempre de alcanzar, en el ámbito de lo político, acuerdos consensuados; nunca imponiendo sus propios puntos de vista.³⁰

Finalmente, si la democracia, aun cuando sea un sistema imperfecto de toma de decisiones, es el modelo político que mejor asegura los principios de justicia e igualdad, sólo es legítimo un acto de desobediencia cuando es la última medida posible y cuando los canales políticos han quedado agotados.

²⁶ RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, p. 333.

²⁷ MALEM SEÑA, *supra* nota 11, p. 62.

²⁸ *Ibid.*, p. 63.

²⁹ RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, p. 333.

³⁰ MALEM SEÑA, *supra* nota 11, p. 72.

A. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Muchas veces la literatura discute la objeción de conciencia como una manifestación de la desobediencia civil.³¹ Sin embargo, algunas de las características de la objeción de conciencia la distancian de la desobediencia. Peces-Barba sostiene que la objeción es una inmunidad o un derecho subjetivo y supone una excepción a una obligación jurídica.³² En consecuencia, la objeción supone la regulación de la exención del cumplimiento de una obligación jurídica derivada de las relaciones laborales o funcionarias (contrato de trabajo o estatuto funcionario), está dirigida a los poderes públicos y a los particulares, y se plantea frente a una obligación personal.³³

El acto del desobediente es de carácter político, pues pretende incidir en las decisiones que adoptan las mayorías. El objetor, por su parte, no se resiste al mandato legal, no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de los programas impulsados por un gobierno. Es un individuo que se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas; con su “conciencia crítica”.³⁴ Como señala Singer, la desobediencia del objetor de conciencia “no lleva implícito un intento de coac-

³¹ Mementau subraya la resistencia a la ley, que en el lenguaje moderno se denomina desobediencia civil y que la *Evangelium Vitae* enseña como objeción de conciencia para leyes civiles moralmente inaceptables. Véase GERARD MEMENTAU, *Bioética y objeción de conciencia*, Actas del Congreso Internacional de Bioética, 1999, <<http://www.unav.es/cdb/uncib2c.html>>, visitada el 29 de julio, 2004. Por otra parte, el propio Rawls señala que muchas veces es difícil dilucidar en términos teóricos cuándo se puede hablar de desobediencia civil o de objeción de conciencia, y que ello no es fácil tampoco en términos prácticos. Véase RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, pp. 335-338; CARLOS OLMO BAU, “La desobediencia civil como conflicto entre ley y justicia. Una intrusión en un debate abierto”, *La Revista Filosofía y Derecho*, N° 2, 1998, <<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero2/desobediencia.html>>, visitada el 10 de mayo, 2005; y PECES-BARBA, *supra* nota 11, p. 379.

³² PECES-BARBA, *supra* nota 11, p. 384.

³³ *Ibid.*, pp. 387-388.

³⁴ En este sentido, Singer señala que pueden darse al menos dos acepciones para la voz conciencia: la voz interior que les dice [a las personas] lo que deben hacer, el sentimiento que se ubica en alguna de las vísceras, como si los dictados de la conciencia fueran datos, que llama conciencia tradicional, y una segunda acepción cuando “una persona concienzudamente actúa sobre la base de sus convicciones morales seriamente evaluadas”. Véase SINGER, *supra* nota 11, pp. 103-104.

ción sobre la mayoría para que cambie su decisión”.³⁵ No es un activista, no hace pública su objeción, pues carece de voluntad o disposición para cambiar las decisiones mayoritarias. La objeción no se produce por grandes ideales democráticos o por la búsqueda de que el compromiso democrático sea efectivamente justo e igualitario,³⁶ sólo “se le puede acusar de poner la pureza de su propia alma por encima del bien de otros”.³⁷ Rawls señala que “el rechazo de conciencia no es una forma de apelar al sentido de justicia de la mayoría [...]”.³⁸ No invoca las convicciones compartidas por la comunidad, ni constituye un llamado al foro público.³⁹ Se trata, entonces, de convicciones personales de índole moral o religioso. Sobre este punto es importante señalar, siguiendo a Peces-Barba, que la norma objetada es legítima a pesar de ser cuestionada por un sector de la opinión. La objeción de conciencia obtiene su legitimidad del derecho que tienen determinadas personas o sectores a sostener un punto de vista distinto. Sin embargo, por no ser suficiente para establecer como ilegítimo el precepto objetado, el objetor sólo puede pretender una excepción fundamentada en su libertad ideológica y religiosa.⁴⁰

Frente a la pregunta de hasta qué punto una democracia está en condiciones de tolerar el incumplimiento sin socavar sus bases, los autores estiman que pueden existir exenciones en la medida que no causen daño a terceros o no pongan en riesgo la gobernabilidad. Algunos han sostenido que la objeción de conciencia puede transformarse en una salida fácil para aquél que busca resistir el mandato acordado políticamente por la mayoría. En el mismo sentido, no es aceptable que el objetor utilice la exención para evitar el castigo, pues quien es realmente un disidente está en una posición de resistencia frente a los actos de una democracia, y por ello debe utilizar los medios públicos a fin de dar a conocer su posición y revertir la decisión. La objeción no puede ser considerada una forma pasiva de resistencia, pues en ese caso el objetor

³⁵ *Ibid.*, p. 102.

³⁶ *Ibid.*, p. 107.

³⁷ *Ibid.*, p. 109.

³⁸ RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, p. 336.

³⁹ *Ibid.*, p. 336.

⁴⁰ PECES-BARBA, *supra* nota 11, pp. 388-389.

no es sincero ni respetuoso con la democracia constitucional, ni tampoco con aquellos que, efectivamente, y por medio de los canales o procedimientos democráticos, intentan manifestar sus ideas. Sobre el particular, Peces-Barba es claro en advertir que la legitimidad de la desobediencia civil —y, agrego, de la objeción de conciencia— se puede prestar para manipular el término y para utilizarlo en la defensa de intereses menos generales. “No por pronunciar palabras mágicas como desobediencia civil y objeción de conciencia se está siempre defendiendo pretensiones dignas”.⁴¹

Una ley o una política pública es suficientemente justa si, cuando tratamos de imaginar cómo funcionaría el procedimiento ideal, decidimos que la mayoría de quienes toman parte en este procedimiento y cumplen sus estipulaciones estarían a favor de esta ley o ese programa. En el procedimiento ideal, la decisión alcanzada no es un compromiso, no es un trato entre grupos opuestos tratando de favorecer sus propios fines. La discusión legislativa no ha de concebirse como una contienda de intereses, sino como “un intento de conseguir el mejor programa político definido por los principios de la justicia”.⁴² Rawls, plantea que las limitaciones en una democracia constitucional (si las limitaciones constitucionales son medios eficaces y razonables para consolidar el balance total de justicia) son utilizadas con frecuencia por minorías infractoras para conservar sus ventajas ilícitas.⁴³

De allí que sea necesario, en las páginas que siguen, ver cómo el sistema ha construido parámetros para resolver los casos de objeción de conciencia.

B. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO UN DERECHO HUMANO

Peces-Barba sostiene que la objeción de conciencia no es cualquier tipo de desobediencia, sino una que está regulada por el Derecho y, por ello, puede ser considerada un derecho subjetivo o una inmunidad al incumplimiento de una obligación jurídica fundamental.⁴⁴ La objeción se convierte en

⁴¹ *Ibid.*, p. 382.

⁴² RAWLS, *Teoría de la justicia*, *supra* nota 11, p. 326.

⁴³ *Ibid.*, p. 326.

⁴⁴ PECES-BARBA, *supra* nota 11, p. 384.

inmunidad cuando existe juridificación, no cuando se plantea un supuesto conflicto entre una norma legal y otra moral. Cuando lo que se invoca es una particular forma de moralidad estaríamos frente a un caso de desobediencia y no de objeción.⁴⁵ La objeción de conciencia supone la regulación jurídica de una exención al cumplimiento de un deber ordinario que puede derivar de una relación laboral, y sólo se plantea frente a una prestación personal.⁴⁶ La objeción de conciencia no puede examinarse en forma aislada, pues el objetor rechaza ciertas obligaciones, producto de las ideas o creencias que sostiene como fundamentales en su vida. Por eso la objeción está en íntima relación con el ejercicio de derechos civiles y políticos, en especial el derecho a la libertad de pensamiento, culto y conciencia. Todos ellos han sido reconocidos como derechos absolutos, reconocidos en las cartas constitucionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁷ Los individuos son libres de sostener cualquier creencia y el Estado no está en condiciones de cuestionar o invadir la esfera íntima del individuo. La libertad de pensamiento está en la base de la democracia y la posibilidad de que los individuos sean capaces de autodeterminarse y definir sus propios destinos es un derecho no suprimible ni limitable,⁴⁸ incluso bajo situaciones de emergencia. Si bien, el Estado no está en condiciones de determinar aquello que los individuos piensan o creen, sí puede intervenir en la manifestación de tales creencias y pensamientos.

Aun cuando la libertad de credo y pensamiento está reconocida como un derecho humano, la libertad de religión no deja de ser controversial. Desde ese punto de vista, la libertad religiosa requiere de una profunda madurez sobre la democracia y los derechos de las minorías, cuestión que raras veces es bien entendida. De hecho, los procesos de deliberación democrática tienden a manifestar la expresión de los

⁴⁵ *Ibid.*, p. 385.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 387-388.

⁴⁷ GAY MOON y ROBERT ALLEN, "Substantive Rights and Equal Treatment in Respect of Religion and Beliefs: Towards a Better Understanding of Rights, and their Implications", *European Human Rights Law Journal*, vol. 6, 2000, p. 582.

⁴⁸ MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Strasbourg, 1993, p. 310.

grupos mayoritarios de la población mientras que invisibilizan o niegan los derechos de las minorías.

Los supuestos del liberalismo, en términos de los límites a los derechos individuales, se plasman de una manera especial respecto de la libertad religiosa y de pensamiento. Un individuo es libre de poseer y manifestar creencias religiosas mientras no interfieran con las convicciones personales de otros. Por eso es necesario establecer o delimitar los límites de la libertad religiosa.

C. ESTÁNDARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una revisión de algunos de los instrumentos internacionales de derechos humanos puede iluminar sobre el sentido y alcance de la libertad de credo y pensamiento y la objeción de conciencia. Para ello revisaremos la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CIDCP) y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

La libertad de pensamiento, conciencia y religión está reconocida en el artículo 18 de la CIDCP. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que éste es un derecho absoluto y los Estados no pueden limitarlo o derogarlo, ni siquiera bajo estado de emergencia.⁴⁹ Bajo la CIDCP

[Este] derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.⁵⁰

Este derecho es interpretado como parte de las libertades políticas, para las cuales existe la obligación de no-interferencia por parte del Estado y los particulares.⁵¹

⁴⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (CDHNU), *Comentario general N° 22 (48) (artículo 18)*, N.U. Doc. A/48/40 (Part I) (1993), párs. 1, 3.

⁵⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre, 1966; entró en vigor el 23 de marzo, 1976, 999 U.N.T.S., art. 18 (1).

⁵¹ NOWAK, *supra* nota 48, p. 313.

Aun cuando las obligaciones que surgen de esta libertad son negativas, en la medida en que el Estado debe abstenerse de ciertas conductas, también comprende obligaciones positivas que se relacionan con el deber de acomodar las creencias religiosas de las personas bajo determinadas circunstancias. El artículo 18 de la CIDCP también incorpora la libertad de pensamiento y conciencia que debe ser entendida como el derecho a una vida espiritual y moral libre de interferencia mediante el proselitismo en las escuelas u otras formas de adoctrinamiento.

Mientras el derecho a la libertad de pensamiento y conciencia es absoluto, el derecho a manifestar tales creencias está limitado por los derechos de los otros. En otras palabras, esa libertad tiene restricciones cuando la expresión pública de tales ideas y creencias afecte a terceros. Así, el derecho a negarse a realizar ciertas conductas está protegido, sin perjuicio de las restricciones señaladas en el artículo 18.3 de la CIDCP; es decir, que las limitaciones estén prescritas por ley y que sean necesarias para la seguridad, el orden, la salud, o la moral públicos o los derechos y libertades de otras personas.

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la libertad de pensamiento es incondicional. Sin embargo, la expresión de tales creencias y pensamientos puede ser limitada por la necesidad de protección social y de los derechos fundamentales de otros. Tales limitaciones, como se sostiene en el Comentario General 22, no pueden ser concebidas en términos tan amplios que nieguen el derecho, pero, a su vez, la interpretación de las restricciones debe ser entendida en una manera consistente con los derechos garantizados en la CIDCP, en especial el respeto al derecho a la igualdad y el principio de la no-discriminación.⁵² En suma, el Estado no puede usar poderes discrecionales para imponer restricciones.

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁵³ está redactada en similares términos. No obstante, las res-

⁵² CDHNU, *supra* nota 49, párs. 1, 3.

⁵³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre, 1950; entró en vigor el 3 de septiembre, 1953, 213 U.N.T.S. 22.

tricciones a la libertad de pensamiento, conciencia y religión deben ser necesarias para una sociedad democrática, y por las mismas razones o limitaciones que establece la CIDCP. Las creencias que están protegidas no se limitan exclusivamente a las religiosas; en consecuencia, la protección de las libertades, al igual que sus restricciones, se refiere, en ambos instrumentos, a “opiniones coherentes sobre problemas-cuestiones fundamentales”⁵⁴ y no sobre cualquier opinión.

D. DEFINIENDO LAS FRONTERAS

Tal como lo advirtiéramos al comienzo de este escrito, una discusión sobre la objeción de conciencia nos lleva necesariamente a establecer si todo tipo de acto rechazado por razones de religión o creencia puede ser catalogado como objeción y, por lo mismo, gozar de inmunidad. Nowak sostiene que no es posible aceptar que toda “práctica” sea protegida, pues ello comprendería todo tipo de actos, lo cual no sería aceptable⁵⁵ y, agrego, socavaría el orden social. Acciones como la negativa a realizar cierto tipo de obligaciones deben estar motivadas por una creencia. Sólo bajo el supuesto de que la acción esté motivada por la manifestación de una creencia personal, y no por un mero deseo, esa acción estaría amparada por la cláusula de la objeción de conciencia. Sobre este punto, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha rechazado comunicaciones porque el denunciante no ha podido probar que la actividad que objeta viola las creencias personales. La Comisión ha exigido la producción de evidencia sobre un aspecto que realmente no lo requiere, por lo cual la Comisión ha sido criticada.⁵⁶

La mayoría de los casos de objetores de conciencia en el sistema universal y europeo de protección de derechos humanos corresponden a la protección de individuos cuyas creencias políticas o religiosas les impiden participar en actividades relacionadas con la maquinaria bélica. Ello incluye la participación en el servicio militar obligatorio y el pago de impues-

⁵⁴ STEPHANOS STAVROS, “Freedom of Religion and Claims for Exemption from Generally Applicable, Neutral Laws: Lessons from Across the Pond?”, *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 1997, p. 609.

⁵⁵ NOWAK, *supra* nota 48, p. 321.

⁵⁶ STAVROS, *supra* nota 54, p. 613.

tos que pueda incidir en el presupuesto nacional de defensa, entre otros.⁵⁷ En estos casos, la obligación legal que tiene el individuo no está teñida de cuestiones que a primera vista pudieran chocar con convicciones religiosas. Sin embargo, su imposición tiene un efecto adverso sobre personas que profesan credos o ideas que pugnan con esa obligación y que no buscan necesariamente una reconsideración de la norma por parte del Estado. La ley o el mandato administrativo impone obligaciones legítimas y de interés público secular que prescinde de consideraciones específicas de los individuos, pero que puede constituirse en una carga que alguno no desee cumplir o sobrellevar porque vulnera su integridad moral.⁵⁸ En Canadá, por ejemplo, los requisitos de seguridad ocupacional o el uso de uniformes han sido planteados como conflictivos por ciertos grupos y la jurisprudencia ha determinado que habrá que determinar hasta qué punto es posible permitir la exención sin que ella signifique un riesgo para terceros o una carga excesiva para un empleador.⁵⁹

En los casos de objeción de conciencia relacionados con el servicio militar obligatorio o con la participación en ceremonias públicas con tinte militar o bélico, tanto la Comisión como la Corte Europea de Derechos Humanos han entregado un amplio margen de maniobra a los Estados Partes y han evitado pronunciarse sobre el tema de la obligatoriedad de la conscripción. La Comisión nunca ha resuelto en favor de un objetor de conciencia argumentando que la Convención no reconoce tal derecho respecto del servicio militar.⁶⁰ Ha

⁵⁷ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha oído casos contra Finlandia, mientras que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha oído casos en contra de Grecia, Alemania y Turquía.

⁵⁸ STAVROS, *supra* nota 54, p. 611.

⁵⁹ Un petionario sikh, residente en Canadá, denunció al Comité de Derechos Humanos la discriminación de la que fue víctima por su empleador, una empresa estatal de ferrocarriles, y fundamentó su comunicación en una violación a la libertad de credo y conciencia, por cuanto su empleador no lo eximía de observar las reglas de seguridad ocupacional que lo obligaban a usar un casco de seguridad. El hecho de que su empleador pudiera obligarlo a usar el casco, en detrimento de su turbante religioso, y de que los tribunales domésticos hubieran considerado justificable la condición impuesta por el empleador, fue justificado por el Comité. Se trataba de una política legítima e implementada por razones genuinas. Caso *Bhinder v. Canada*, Comunicación N° 208/1986, CDHNU, 37° Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 (1989).

⁶⁰ STAVROS, *supra* nota 54, p. 614.

planteado que si bien el artículo 9 de la Convención protege la esfera de las creencias personales y religiosas, ello no siempre garantiza la manifestación o el comportamiento público, según lo dictan las convicciones personales o religiosas⁶¹ cuando pugnan con la obligatoriedad de la disposición. En este sentido, lo que habría sería una protección sobre los actos de culto y devoción o de alguna conducta o práctica reconocible; y si la obligación impuesta por la ley, tal como la del pago de impuestos, discutida respecto de los miembros de algunos grupos religiosos, no tiene un efecto sobre el derecho a manifestar las creencias religiosas, no podría existir una violación.⁶²

Sin embargo, en el caso *Thlimmenos vs. Grecia*, la Corte Europea mostró cierto pragmatismo. El denunciante, Thlimmenos, contador y Testigo de Jehová, fue condenado por haberse negado a realizar el servicio militar, cuestión sobre la cual no reclamó ante la Corte. Su petición se basó en el hecho de que su anotación penal por infractor al reclutamiento constituyó un obstáculo y una discriminación arbitraria para acceder a un empleo público. La Corte no se pronunció sobre la condena *per se*; sin embargo, reconoció que la pena impuesta al recurrente no era un indicio de ineptitud moral⁶³ y que su descalificación para su postulación como contador en la administración pública era injustificada.⁶⁴

El principio que subyace en las decisiones de la Corte Europea es la negativa a hacer excepciones respecto del servicio militar; lo que deja la exención al cumplimiento de ese deber en manos de la legislación doméstica.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha señalado que si una ley da un trato preferente a un grupo que objeta por razones religiosas, como los Testigos de Jehová, frente al servicio militar, no es razo-

⁶¹ *Ibid.*, p. 616.

⁶² *Ibid.*, p. 617.

⁶³ Caso *Thlimmenos v. Greece*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. 15, 2001, pár. 47.

⁶⁴ En efecto, la Corte sostiene “que no se pronunciará en el presente caso, aun cuando la redacción del artículo 4 Sec. 3(b), ya que las penas impuestas a los objetores al servicio militar por razones de conciencia podrían en sí mismas violar los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y credo garantizado en el artículo 9”. *Ibid.*, pár. 43 (traducción de la autora).

nable que el mismo trato no sea dado a otros objetores con convicciones ideológicas tan fuertes.⁶⁵

Gilbert⁶⁶ propone una metodología, desde el caso Thlimmenos, que permitiría determinar en qué casos existe una violación del derecho a manifestar o expresar las ideas o creencias. En primer término se debe determinar si la creencia está en el ámbito de protección de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y en segundo lugar, determinar si el acto es una manifestación de esa creencia. Si la creencia es de aquéllas no protegidas porque constituye un deseo y no afirma una forma de conducirse en la vida de acuerdo con ciertos patrones axiológicos, entonces ella está fuera del ámbito de protección del derecho, por lo cual no existiría una base para tal reclamo.

Con el objeto de precisar el tipo de actos o conductas que pudieran estar protegidos, uno de los primeros interrogantes que se deben responder es si el rechazo a cumplir la ley obedece a elecciones de estilo de vida o si responde a las creencias personales del individuo. El siguiente ejemplo podría ser ilustrativo. Un adolescente —que se viste al estilo Rastafari— tiene la obligación de observar reglas de vestuario para asistir a la escuela, so pena de ser sancionado por las autoridades del establecimiento. Usando la metodología propuesta por Gilbert, primero deberíamos establecer si el vestuario del Rastafari está en el ámbito de las creencias protegidas bajo la libertad de pensamiento, conciencia y religión; es decir, si la manera como se visten los Rastas es parte esencial del ser de un Rasta. Si la respuesta es positiva, el siguiente paso

⁶⁵ En el caso *Brinkhof v. The Netherlands*, la Corte determinó que el afectado no probó la fuerza de sus convicciones o si éstas eran de tal envergadura como las que presumen respeto por los Testigos de Jehová, puesto que si incumplen algunas de las normas del grupo religioso pueden ser expulsados y están bajo un control social. Véase Caso *Brinkhof v. The Netherlands*, Comunicación N° 402/1990, CDHNU, 48° Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/48/D/402/1990 (1993). En una jurisprudencia más reciente, en la que no se invoca el derecho a la libertad religiosa, el Comité reafirma que la imposición del servicio militar sustitutivo era discriminatoria si su duración excedía la del servicio militar, sin que mediara una justificación objetiva y razonable. Caso *Foin v. France*, Comunicación N° 666/1995, CDHNU, 67° Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/67/D/666/1995 (1999).

⁶⁶ HOWARD GILBERT, "The Slow Development of the Right to Conscientious Objection to Military Service under the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2001, pp. 562-563.

es establecer bajo qué circunstancias específicas y particulares el uso de vestuario Rasta responde efectivamente a la manifestación de una idea o creencia. Si la conducta del adolescente obedece a una moda y no a la adscripción de los valores de los Rastafari, entonces la conducta en sí misma no es un reflejo de ideas o creencias, por lo que quedaría fuera del ámbito de protección del Derecho. En consecuencia, el elemento central de la objeción de conciencia es que el actuar o quehacer del individuo esté guiado, si no determinado, por las convicciones personales. Sin este elemento no existe Amparo.⁶⁷ En este sentido, Gilbert señala que “una creencia sujeta a protección es un conjunto de valores que guía y fundamenta las acciones de un individuo, y en tanto conjunto de creencias debe ofrecer cierta coherencia y ser el centro de su preocupación”.⁶⁸ A su vez, estas convicciones deben ser de una cierta intensidad y globalidad.⁶⁹ Esta aproximación metodológica permite filtrar toda razón banal o superflua para no observar una obligación, y establece una clara distinción entre aquellos que presentan motivos bien articulados y que son parte integral de su plan de vida o de su integridad moral y aquellos que no lo hacen y plantean caprichos o meros deseos.⁷⁰

II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN MEDICINA

En la atención de salud existen dos tipos de objetores: los pacientes y los proveedores. Los primeros, pacientes del sistema de salud, se expresan con su rechazo a recibir para sí o para sus familiares un tratamiento determinado.⁷¹ Como

⁶⁷ Así, por lo menos, lo habría reconocido la jurisprudencia en Canadá al permitir a un Sikh Singh poder usar barba cuando la regla de presencia obligaba a los guardias de seguridad a mantener el rostro afeitado.

⁶⁸ Gilbert señala que “una creencia sujeta a protección es un conjunto de valores que una persona considera para su comportamiento y sus obligaciones como ser humano. Este conjunto de valores debe ofrecer algún grado de coherencia y debe ser la razón de ser de su conducta”. GILBERT, *supra* nota 66, p. 563 (traducción de la autora).

⁶⁹ GILBERT, *supra* nota 66, p. 567.

⁷⁰ En este sentido, véase SINGER, *supra* nota 11, pp. 101-106.

⁷¹ En rigor, nadie está obligado a someterse a intervenciones médicas. No existe un deber jurídico propiamente tal, y el problema se plantea cuando la persona está internada en un centro de salud y el equipo médico determina que su vida está en riesgo. Una cuestión distinta aparece en los de-

hemos señalado, el objetor de conciencia es aquella persona que se niega a realizar ciertas obligaciones prescritas por ley, o que desobedece un mandato administrativo por razones de credo o de conciencia. En este caso, el rechazo a un tratamiento no desconoce lo que prescribe la ley, sino lo que la práctica clínica puede dictar en una situación determinada. Apoyados en los riesgos que corren los individuos que así proceden, en muchas ocasiones el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión de los pacientes no es considerado ni respetado. En este sentido, el proyecto sobre derechos y deberes de los pacientes que impulsa el Ejecutivo en Chile no asegura el derecho a rechazar las intervenciones cuando existe riesgo vital.⁷²

Otra manifestación de la objeción de conciencia en el ámbito de la salud se produce cuando los proveedores de salud, en virtud de sus convicciones personales, no están de acuerdo con la realización de prestaciones o procedimientos médicos que se encuentran en el ámbito de sus obligaciones funcionarias o administrativas.

En el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional peruana ha establecido los límites de la objeción de conciencia en medicina, estableciendo que ésta es una excepción y no una regla.⁷³ En una acción de Amparo sobre discriminación, en un caso de objeción de conciencia de un médico que se negaba a trabajar los sábados, la Corte estableció que

[...] la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social Democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso aprobado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien,

bates sobre objeción a un tratamiento cuando quienes objetan son los padres o los representantes legales de niños. Véase, por ejemplo, RUTH MACKLIN, *Consentimiento, coerción y conflicto de derechos, en decisiones de vida y muerte*, 2ª ed., Alberto Gioia y María Cristof (trads.), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, pp. 126-138.

⁷² Boletín N° 2727-11 ingresado a la Cámara de Diputados el 12 de junio, 2001, proyecto cuya tramitación está pendiente.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0895-2001-AA/TC, caso Lucio Rosado Adanaque, 19 de agosto, 2002, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0895-2001-AA.html>>, visitada el 13 de abril, 2005.

la excepción pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.⁷⁴

En fallo dividido, la Corte acoge el Amparo porque

[...] si en principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión.⁷⁵

En otras palabras, a juicio de la Corte era menester que el servicio de salud adaptara sus reglas de funcionamiento y organización de jornada laboral a las creencias religiosas del profesional. Sin embargo, los votos singulares explicitaron que atendiendo a la naturaleza del servicio, las personas que laboraban en él debían estar dispuestas a trabajar todos los días de la semana, especialmente cuando las urgencias médicas no consideran esos elementos. Este fallo demuestra que el Derecho no ha sido una fuente de limitación para las facultades de los profesionales de la salud, sino que, por el contrario, ha sido un instrumento para alcanzar una mayor cuota de poder en sus prácticas clínicas.⁷⁶

En medicina, no sólo se recurre a los tribunales para asegurar que decisiones de tratamiento sean impuestas a pacientes que no consienten en ello, sino también para eximirse de las obligaciones médicas en casos concretos. Así, los intereses y derechos de pacientes y proveedores, bajo distintas circunstancias, se hallan en planos contrapuestos. Si bien la base del conflicto de intereses entre médico y paciente puede estar en las convicciones religiosas del profesional, ello no excluye que también lo sea una opinión científica que considera la medida indicada como la mejor desde un punto de vista estrictamente médico.⁷⁷

⁷⁴ Considerando 7 de la Sentencia Adanaque.

⁷⁵ Considerando 8 de la Sentencia Adanaque.

⁷⁶ SHEILA McLEAN y JOANNE RAMSEY, "Human Rights, Reproductive Freedom, Medicine and the Law", *Medical Law International*, vol. 5, N° 4, 2002, p. 255.

⁷⁷ En este sentido, véase la discusión de MARK WICCLAIR, "Conscientious Objection in Medicine", *Bioethics*, vol. 14, N° 3, 2000, pp. 205-227.

A. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La objeción de conciencia es un tema que cobra especial relevancia en materia de salud sexual y reproductiva. La Iglesia católica ha hecho explícitos llamados para que sus fieles utilicen la objeción de conciencia y no practiquen técnicas de regulación de la fecundidad.⁷⁸

En esta materia, un ejemplo paradigmático es la objeción al aborto legal. En diversos países, algunos profesionales se resisten a realizar abortos en los centros públicos de salud, argumentando su derecho a la libertad de conciencia. Considerando que ésta es una materia en la que la resistencia a la ley sería frecuente, algunos ordenamientos han regulado específicamente bajo qué circunstancias los profesionales que trabajan en centros públicos de salud pueden objetar.⁷⁹ De igual manera, en relación con otras profesiones, la objeción está considerada y regulada en los Códigos de Ética Profesional. Un ejemplo de ello es el Código inglés de ética farmacéutica, de 1992, que contiene reglas expresas sobre anticoncepción.⁸⁰

⁷⁸ MANUEL CUÉLLAR, “Los grupos provida y los canales de sexología se enfrentan por la ‘píldora del día siguiente’”, *El País*, España, 24 de mayo, 2001, p. 3. En el llamado del artículo se señala: “La página de la Universidad de Navarra anima a los farmacéuticos a que aleguen ‘objeción de conciencia’ para no vender la píldora”.

⁷⁹ Así, en Inglaterra, el Abortion Act de 1967 dispone que “no one is under a duty to perform an abortion about which they have conscientious objections unless there is an emergency”. Citado en LEONARD HAMMER, “Abortion Objection in the United Kingdom within the Framework of the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 1999, p. 567.

⁸⁰ El Código inglés de ética farmacéutica, de 1992, señala, en su Guía sobre la obligación de actuar promoviendo y salvaguardando los intereses de la sociedad, que “Ningún paciente quedará privado de servicios farmacéuticos a causa de las convicciones personales o creencias religiosas de un farmacéutico. Un farmacéutico puede objetar por razones de conciencia la dispensación de ciertos productos medicinales para el control de la fertilidad, la concepción o la terminación del embarazo. En tales casos, el paciente implicado debe ser aconsejado sobre una fuente alternativa de suministro farmacéutico. No se debe hacer ninguna condena ni crítica de la petición del paciente y debe hacerse un esfuerzo para tratar dicha situación de una manera discreta y confidencial”. ROYAL PHARMACEUTICAL SOCIETY, *Código de ética de 1992: principios, obligaciones y guías*, Antonio Pardo (trad.), <<http://www.unav.es/cdb/ukcodephar92.html>>, visitada el 29 de julio, 2004.

Pero, tal como sostiene Wicclair,⁸¹ la objeción de conciencia, que parece razonable en temas altamente controversiales, como el aborto y la eutanasia, no es tan clara en prestaciones médicas que tienen respaldo en normas de la ética médica. En la medida en que la objeción de conciencia es un derecho inherente a la libertad de conciencia, nadie puede ser obligado a ser parte de actos que considera, por razones morales o religiosas, objetables, y que dañan su integridad. Así, en materia de aborto se ha discutido que tanto los médicos como las enfermeras y matronas, e incluso el personal administrativo, deberían estar exceptuados de sus obligaciones. Se ha debatido el tipo de relación del profesional con la práctica, para poder determinar quiénes estarían exceptuados.⁸² De hecho, Pavone,⁸³ miembro de una organización anti-aborto, mezcla argumentos de desobediencia civil y objeción de conciencia en su llamado a que, no sólo los prestadores de salud, sino también todo trabajador cristiano, como un gáster o un encargado de reparar el equipo de fotocopias de una institución que practica abortos, pueda rechazar la realización de sus tareas.

Las fronteras de la objeción respecto del objetante y la calidad de participación en el acto objetado han sido definidas en dos casos ingleses: *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security*⁸⁴ y *Janoway v. Salford Health Authority*.⁸⁵ En el primero, la Corte limitó la objeción de conciencia a quienes hayan participado directa y físicamente en el procedimiento. Respecto de las enfermeras, que no dirigen el procedimiento pero deben recibir las órdenes del médico a cargo de la intervención, la objeción es admisible sólo durante el procedimiento y en ningún caso frente a sus funciones post-operatorias de atención a la paciente que ha abortado.⁸⁶

⁸¹ WICCLAIR, *supra* nota 77, p. 211.

⁸² HAMMER, *supra* nota 79, p. 569.

⁸³ FRANK PAVONE, *Objeción de conciencia*, <<http://priestforlife.org/spanish/02-04-08conciencia.htm>>, visitada el 29 de julio, 2004.

⁸⁴ Caso *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security*, 5 de febrero, 1981, House of Lords, citado en *All England Law Reporter*, N° 1, 1981, pp. 545-578.

⁸⁵ Caso *Janoway v. Salford Health Authority*, 1 de diciembre, 1988, The House of Lords, citado en *All England Law Reports*, N° 3, 1988, pp. 1079-1084.

⁸⁶ BERNARD DICKENS, "Reproductive Health Services and the Law and the Ethics

En el segundo caso, *Janoway v. Salford Health Authority*,⁸⁷ se discutió la justificación del despido de una secretaria, Bárbara Janoway, quien se negó, por razones de conciencia, a mecanografiar una carta de derivación para una paciente que se haría un aborto. El tribunal de primera instancia determinó que escribir cartas era parte de las funciones de una secretaria y que la cláusula de objeción de conciencia contenida en el Abortion Act de 1997 no la protegía. El tribunal sostuvo que escribir una carta no implica asistir directamente a la realización de un aborto. La Corte de Apelaciones ratificó la decisión, enfatizando que no podría considerarse a Janoway partícipe de un aborto, por lo cual no podría invocar la exención. Esta decisión fue refrendada por The House of Lords.⁸⁸

Los casos anteriores muestran la objeción de conciencia como una inmunidad que se alega como defensa. Sin embargo, en otras situaciones, la objeción se invoca como derecho a no ser discriminado por razones religiosas y se intenta probar la injustificación del despido. En este caso, la alegación de objeción es indirecta y podrá quedar oscurecida por otros elementos fácticos destinados a probar la injustificación del despido. Un caso resuelto por el British Columbia Human Rights Tribunal, un tribunal administrativo de derechos humanos en Canadá, presentaba este inconveniente. La despedida, una administradora de un consultorio de médicos gineco-obstetras, alegó que su despido estuvo basado en una discriminación ideológica, puesto que su posición sobre el aborto era conocida por los médicos y ella había solicitado que se le eximiera de una de sus funciones (derivar a otros médicos para la realización de un aborto).⁸⁹ Entre las cuestiones alegadas y probadas estaba el hecho de que la mujer había colocado un afiche en la consulta médica, que a juicio de otra secretaria, contenía un tenue mensaje “pro-vida”.⁹⁰

of Conscientious Objection”, *Medicine and the Law*, vol. 20, N° 2, 2001, p. 288.

⁸⁷ Caso *Janoway v. Salford Health Authority*, *supra* nota 85.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Caso *C v. Dr. A, Dr. B and Dr. C*, 8 de julio, 2002, Tribunal de Derechos Humanos de British Columbia [en adelante *C v. Dr. A y Otros*].

⁹⁰ *Ibid.* Considerandos 6 y 7 de *C v. Dr. A y Otros*.

Uno de los médicos de la consulta le solicitó retirar el afiche y una Biblia de la sala de recepción de la consulta. Le señaló, además, que esperaba que en el ambiente de la clínica fuese respetuosa y acogiera a todas las mujeres que buscaban consejería médica sobre un embarazo no deseado.⁹¹ A juicio del tribunal, el despido se debió a problemas de actitud para enfrentar los cambios de administración que los médicos requerían —por ejemplo, utilizar un sistema computacional— y al trato que daba a las pacientes. El tribunal no vio en el despido un acto de discriminación por razones de creencias y argumentó que los empleadores se acomodaron durante seis años a las convicciones personales de la demandante, a fin de eximirla de la tarea de derivar a las pacientes por aborto a otra consulta.⁹² El tribunal trató indirectamente el tema de la objeción de conciencia y reconoció que la reclamante tenía objeciones con algunas de sus funciones, cosa que fue respetada por el empleador.

Si bien en este caso aparece como implícito el deber del empleador de respetar y acomodarse a las creencias de la empleada, en el caso inglés Janoway la Corte pareció señalar que eximir a una secretaria de sus tareas podría constituir una carga excesiva para el empleador.

El papel de los tribunales ingleses en la definición de los límites de la objeción de conciencia es motivo de controversia. Para algunos,⁹³ los límites están claros, para otros⁹⁴ son aún difusos, especialmente si se toma en consideración la interpretación que los órganos judiciales pueden hacer de la Human Right Act de 1998 sobre el aborto.⁹⁵ La posibilidad de que los objetores estén limitados en los casos de riesgo vital para la mujer, hipótesis que considera la legislación inglesa, no asegura una protección adecuada a las pacientes. Si bien las emergencias son raras, los límites difusos de los objetores

⁹¹ *Ibid.* Considerandos 11 y 12 de *C v. Dr. A y Otros*.

⁹² *Ibid.* Considerando 39 de *C v. Dr. A y Otros*.

⁹³ DICKENS, *supra* nota 86, pp. 285-290. Véase también BERNARD DICKENS y REBECCA COOK, "The Scope and Limits of Conscientious Objection", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 71, no.1, 2000, pp. 71-77.

⁹⁴ SUSAN MILLNS, "Between Domestication and Europeanisation: A Gendered Perspective on Reproductive (Human) Rights Law", *EUI Working Papers*, European University Institute, Badia Fiesolana, 2001, p. 26.

⁹⁵ HAMMER, *supra* nota 79, p. 575.

pueden impedir la obtención de un aborto dentro de los límites de gestación que permite la ley.⁹⁶

En Estados Unidos hay un caso pendiente que resolverá, no sólo el grado de participación o vinculación del objeto en el acto, sino además la calificación urgencia y posibilidad de “acomodar” las creencias en un escenario concreto. En *Adamson v. Superior Ambulance Service de Illinois*, un juicio iniciado en mayo de 2004 contra el Superior Ambulance Service de Illinois por despido discriminatorio bajo The Illinois Health Care Right of Conscience Act. Adamson se negó a transportar en la ambulancia a una mujer a quien se le practicaría un aborto.⁹⁷ El caso se produjo una vez que la paramédica de la ambulancia recibió un llamado, sin urgencia médica, para transportar a una mujer desde un hospital hasta una clínica para practicarse un aborto electivo. La mujer, después de confirmar la orden, informó a su supervisora que sus creencias le impedían transportar a la mujer; el servicio de ambulancia la relevó de la tarea y, posteriormente, la despidió.⁹⁸

Sobre la prescripción y venta de anticonceptivos, especialmente sobre la anticoncepción de emergencia, ha habido una gran discusión, incluida la judicial, en diversos países. Tanto en España como en Estados Unidos, los tribunales han debido decidir la procedencia de la objeción de conciencia cuando los profesionales deben dispensar o prescribir el método. Al respecto, Dickens⁹⁹ sostiene que una cosa es ser dueño de una farmacia, ya que cada farmacéutico elige lo que vende, y otra cosa es que el profesional desempeñe su labor en calidad de asalariado. En Andalucía, España, después de la aprobación de un producto específico para anticoncepción de emergencia, un químico-farmacéutico invocó la objeción de conciencia e interpuso un recurso de protección para cuestionar que las farmacias estuvieran obligadas a tener existencias mínimas de anticonceptivos y preservativos, y que los químicos-farmacéuticos tuvieran que dispensarlos. En un

⁹⁶ MILLNS, *supra* nota 94, p. 27.

⁹⁷ “ACLU Files Lawsuit Against Illinois Ambulance Service After EMT Fired for Refusing to Transport Woman to Abortion Clinic”, comunicado de prensa, American Center for Law & Justice, 7 de mayo, 2004, <www.aclj.org/News/Read.aspx?ID=456>, visitada el 13 de abril, 2005.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ DICKENS, *supra* nota 86, pp. 290-291.

proceso contencioso-administrativo este profesional logró la orden de suspender el acto administrativo en virtud del cual las farmacias debían mantener existencias mínimas de esos medicamentos, entre ellos progestágenos y preservativos.¹⁰⁰ En apelación, el Tribunal Superior de Justicia revocó la medida precautoria y mantuvo firme el acto administrativo. La base argumentativa del recurrente se fundó en que la actualización del Decreto 104/01 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que obliga a dispensar progestágeno, queda incluida en la exigencia de existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios con que deben contar las farmacias y almacenes farmacéuticos. Esta situación vulnera, para el recurrente, la libertad religiosa e ideológica contemplada en la Constitución española en su artículo 16 y, en particular, la objeción de conciencia, que a juicio del recurrente, es parte esencial de ese derecho.¹⁰¹ A su vez, señaló que había una vulneración al derecho a la vida, ya que califica a los progestágenos de inhibidores de la fecundación que por evitar que el huevo fecundado se implante, vulneran ese derecho.¹⁰²

El Tribunal debió resolver la legitimidad del recurrente en relación con su nivel de participación en el acto objetado. La demanda fue rechazada en atención a que el profesional no estaba acreditado como farmacéutico en Andalucía, no presentaba facturación ni recetas oficiales, y tenía registro del Colegio de Farmacéuticos en la Provincia de Jaén en la modalidad de no ejerciente.¹⁰³ Esto hacía que no quedara

¹⁰⁰ Recurso N° 3381/0, Sección Primera, Granada, 12 de noviembre, 2001, <http://www.andoc-biosanitario.org/Juridico/R-3381_01.htm>, visitada el 13 de abril, 2005.

¹⁰¹ Recurso N° 158/02, Sentencia 628 de 2002, 30 de julio, 2002, Fundamento de Derecho 2º, Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera. En este sentido, la argumentación del recurrente se fundamentó en la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la Ley de aborto (Sentencia de 11 de abril de 1985, N° 53/1985). Sobre la objeción de conciencia, el fallo estableció que “el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Fundamento de Derecho 4º, *supra* nota 101.

obligado por la normativa.¹⁰⁴ Sobre el fondo y los límites a la objeción el Tribunal hace algunas consideraciones indirectas. Consideró que la cuestión planteada exigía contrastar todos los intereses en juego, incluyendo el derecho a la integridad de la mujer, ya que la motivación de la actualización del decreto impugnado era evitar el contagio de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos no deseados.¹⁰⁵ A su vez, señaló que la anticoncepción de emergencia es un método anticonceptivo, según lo clasifican la Agencia Española del Medicamento y la OMS.¹⁰⁶

En Estados Unidos, *Díaz v. Riverside Neighborhood Health Clinic*, caso en el cual la entidad de salud debió pagar a la enfermera Michelle Díaz una indemnización después de haberla despedido por haber hecho pública su posición frente a la anticoncepción de emergencia y haberle hecho saber a su supervisora que sus creencias le impedían distribuir el fármaco porque creía que era abortivo. El jurado, en una decisión de primera instancia, resolvió que el empleador había violado su derecho a la libertad de expresión, su derecho a la libertad de credo y sus creencias.¹⁰⁷ En *Karen Brauer v. K-Mart*, en Ohio, una mujer químico-farmacéutica fue despedida por no querer firmar un documento en el que se obligaba a dispensar todos los medicamentos legalmente recetados, incluyendo la AE,¹⁰⁸ en la farmacia que hacía parte de la cadena de grandes almacenes. Este proceso judicial no ha terminado.

En *Brownfield v. Daniel Freeman Marina Hospital*, en California, la demandante, Brownfield, había sido violada y solicitaba a la Corte que declarara que el hospital había incurrido en una falta al no proveer información sobre el acceso a la anticoncepción de emergencia como una medida profiláctica

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ "ACLJ not deterred by Entry of Planned Parenthood into Lawsuit against Kmart involving abortion producing drugs", comunicado de prensa, American Center for Law & Justice, 11 de octubre, 2001, <http://www.acljlife.org/news/pr_011111_kmart_planned_parenthood.asp>, visitada el 13 de abril, 2005.

¹⁰⁸ "ACJL wins religious discrimination case over 'morning-after' pill", 29 de mayo, 2002, <http://www.acljlife.org/news/pressreleases/020528_morning_after.asp>, visitada el 20 de julio, 2004.

en caso de violación. Esta petición está en conformidad con el estándar de buena práctica médica del condado de Los Ángeles.¹⁰⁹ El Hospital se negó a entregar la información, aduciendo su carácter católico y que el hecho de que la demandante fuera conducida a ese establecimiento por la policía no los obligaba a entregar el anticonceptivo. La Corte señaló que no había una acción por daños ya que la mujer no quedó embarazada. Frente al hecho de que el hospital intentara argumentar que la ley lo eximía de realizar el aborto, la Corte determinó que la exención no era aplicable, pues dispensar AE no constituye la realización de un aborto, y ésta es la única prestación de la que son eximidos los hospitales confesionales.

La tendencia visible en los casos examinados parece indicar que existe un derecho subjetivo a la objeción, que se deriva del derecho a la libertad de conciencia o del derecho a no ser discriminado por razones religiosas. Muchos objetores de la ley no explicitan su objeción; a veces tienden a encubrir sus conductas clínicas en un marco de neutralidad o paternalismo en el que el médico cree saber lo que es mejor para su paciente.

Esta subestimación de la capacidad de los individuos para tomar decisiones por sí mismos se advierte claramente en el rechazo de los jefes de servicios de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos en Santiago de Chile ante la nueva regulación de esterilización voluntaria.¹¹⁰ En su misiva, argumentan que las personas no están preparadas para tomar decisiones tan importantes.¹¹¹

Algunas de las situaciones discutidas hasta aquí están expresamente recogidas en las legislaciones que intentan crear un marco regulatorio con los límites y alcances de la objeción de conciencia en salud. En los Estados Unidos *Roe v. Wade* de 1973 reconoce la objeción de conciencia en el caso del aborto y en algunos Estados para la anticoncepción, la esterilización y la inseminación artificial.¹¹² En Nueva Zelandia

¹⁰⁹ Caso *Kathleen Brownfield v. Daniel Freeman Marina Hospital*, 2 de marzo, 1989, Corte de Apelaciones, Distrito 2, Sección 4, California.

¹¹⁰ LIDIA CASAS, "Del Control a la Autonomía", *Informes de Investigación*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 19.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² WICCLAIR, *supra* nota 77, p. 207.

y el Reino Unido la legislación regula la objeción para el aborto. Esfuerzos más extensivos se han hecho en otros lugares como en Argentina. Una ley de la ciudad de Buenos Aires permite a los objetores y a las instituciones de salud dependientes de alguna congregación eximirse de ciertos servicios en salud reproductiva.¹¹³ En Perú¹¹⁴ existe un anteproyecto de Ley sobre objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva.¹¹⁵ El proyecto de Ley N° 116/2001, denominado “Objeción de Conciencia”, se propone “garantizar el derecho de los proveedores de salud a negarse a cualquier acto médico legal que estuviera en contra de sus consideraciones éticas y/o morales”. Para Chávez y Cisneros¹¹⁶ se trata de un proyecto que consolida los derechos de los prestadores a expensas de los derechos e intereses de usuarias y usuarios, sin garantías para el ejercicio de su derecho a la atención médica. Es interesante advertir que la esterilización no consentida es usada como fundamentación para justificar el proyecto.¹¹⁷ En realidad la esterilización forzada es antijurídica, por lo cual no podría ser el fundamento de una ley de objeción de conciencia. Este proyecto, después de haber sido aprobado en la Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con discapacidad en el Congreso, quedó paralizado en su trámite.¹¹⁸

En Sudáfrica la legislación guardó silencio sobre la objeción, incorporando una disposición en la que se establece la sanción para aquellas personas que obstaculicen el acceso físico a la realización de abortos.¹¹⁹

¹¹³ Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable, 22 de junio, 2000, art. 10.

¹¹⁴ SUSANA CHÁVEZ y ROSA CISNEROS, *Cuando el Fundamentalismo se apodera de las políticas públicas. Políticas de salud sexual y reproductiva en el Perú en el periodo julio de 2001-junio de 2003*, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Lima, 2004, p. 34.

¹¹⁵ La propuesta fue presentada por Luis Solari de la Fuente, Ministro de Salud, en los dos primeros años de la administración del Presidente Alejandro Toledo, y por Carbone, quien posteriormente asumiera la cartera de salud.

¹¹⁶ CHÁVEZ y CISNEROS, *supra* nota 114, p. 34.

¹¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Anticoncepción quirúrgica voluntaria I: casos investigados por la Defensoría del Pueblo*, Defensoría del Pueblo, Lima, 1998.

¹¹⁸ CHÁVEZ y CISNEROS, *supra* nota 114, p. 35.

¹¹⁹ LOUIS-JACQUES VAN BOGAERT, “The Limits of Conscientious Objection to Abortion in the Developing World”, *Developing World Bioethics*, vol. 2, N° 2, 2002, pp. 137-138.

Si lo sostenido por McLean y Ramsey¹²⁰ es correcto, especialmente como se ha pretendido construir la objeción de conciencia en Perú, sin resguardos o límites, este derecho puede convertirse en un gran obstáculo para la autodeterminación de las mujeres en decisiones reproductivas.

La pregunta que se debe responder ahora es cuál es el equilibrio posible entre los derechos de los individuos, en tanto usuarios del sistema de salud, y los profesionales. En las próximas secciones plantearé posibles respuestas, desde la ética médica y el sistema de protección de los derechos humanos.

B. ÉTICA MÉDICA Y CONSIDERACIONES DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Los problemas que hemos discutido a lo largo de estas páginas nos plantean varias preguntas: ¿cuál es el deber ético de un profesional sanitario hacia el paciente? ¿Es el profesional un mero mediador de las decisiones de su paciente? ¿El profesional debe responder a las necesidades del paciente?

Las respuestas deberían incorporar los cuatro principios que guían la ética en la medicina, a saber: el respeto por la autonomía de las personas —especialmente de los capaces—, el principio de beneficencia, el de no maleficencia y el principio de justicia o equidad.¹²¹ En primer término está el principio del respeto a la autonomía de las personas capaces. Este principio implica aceptar que el profesional sanitario debería acatar las decisiones informadas que personas adultas adopten, incluso si ellas no fueran las mejores desde el punto de vista médico.

Los principios de beneficencia y no maleficencia son complementarios. El primero intenta entregar el máximo de beneficios a un paciente, mientras el segundo apunta a asegurar que las conductas o procedimientos no causen daño y que no comprometan una posibilidad de riesgo de daño, lesión, incapacidad o sufrimiento para el paciente.¹²² Por su parte,

¹²⁰ McLEAN y RAMSEY, *supra* nota 76, p. 55.

¹²¹ REBECCA COOK, BERNARD DICKENS y MAHMOUD FATHALLA, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics, and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 69-73.

¹²² *Ibid.*, p. 71.

el principio de justicia alude a que toda persona tiene derecho a los mismos beneficios y las mismas oportunidades en la atención médica.¹²³

Algunos sostienen que sólo el principio de beneficencia es el objetivo genuino de la medicina, es decir, curar. Este implicaría lo que es médicamente beneficioso, lo que el paciente considera beneficioso, lo que es beneficioso para los seres humanos y lo que es beneficioso para los seres humanos como seres espirituales.¹²⁴ Sin embargo, la relación médico-paciente ha sido entendida como una relación fiduciaria, es decir, como “un acuerdo en que el agente o fideicomisario actúa en favor de otro, teniendo la obligación principal de actuar en beneficio del otro en los negocios que se le han encomendado”.¹²⁵ En otras palabras, los pacientes depositan su confianza en la habilidad del profesional para desarrollar ciertos servicios. En la doctrina se denomina obligación de medios y no de resultados, ya que en medicina no es esperable que los resultados sean asegurados.

Las acciones médicas desplegadas están orientadas a maximizar el bienestar del paciente a fin de no causar daño; a su vez, la ética profesional enfatiza la necesidad de que los proveedores se abstengan de imponer sus particulares visiones sobre sus pacientes, ya que hacerlo pone en riesgo la relación. La doctrina de la neutralidad frente al paciente,¹²⁶ que significa que el profesional debe dejar de lado sus creencias cuando trata a un paciente, desprecia, según algunos autores, otras posturas de la bioética. Argumentan que se construye a partir de valores exclusivamente seculares, excluyendo la bioética de tendencia religiosa.¹²⁷ La crítica apun-

¹²³ *Ibid.*, p. 29.

¹²⁴ ARLEEN SALLES, *Ética teórica y bioética, en decisiones de vida y muerte*, 2ª ed., Alberto Gioia y María Cristof (trads.), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 28, citando a Edmund Pellegrino.

¹²⁵ “The agreement to act on behalf of the principal causes the agent to be a fiduciary, that is, a person having a duty, created by his undertaking, to act primarily for the benefit of another in matters connected with his undertaking”. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of the Law: Agency*, 1957, sec. 13, p. 58, citado en FRANCIS BECKWITH y JOHN PEPPIN, “Physician Value Neutrality: A critique”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 28, N° 1, 2000, p. 75.

¹²⁶ Ésta es una traducción de la expresión anglosajona *Physician Value Neutrality (PVN)*.

¹²⁷ EDMUND PELLEGRINO, “Commentary: Value Neutrality, Moral Integrity, and the Physician”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 28, N° 1, 2000, p. 78.

ta a que en la base del razonamiento de la doctrina de la neutralidad está el pensamiento liberal que postula que el Estado debe mantenerse neutral en lo que respecta a la concepción de lo que una buena vida significa para las personas y sin imponer doctrinas religiosas ni metafísicas.¹²⁸ Al no haber concepciones de bien compartidas por todos los miembros de la comunidad, sería ilegítimo imponer una única visión. La resistencia a aceptar una bioética secular, tiene que ver, en esencia, con el tema de la santidad de vida, ya que asumir una postura neutral significaría, a juicio de los detractores de la doctrina de la neutralidad, privar a los profesionales de la salud de su integridad moral. El argumento es que si la bioética secular priva al feto de su derecho a la vida, la neutralidad reconoce sólo un tipo de moral y niega el resto.¹²⁹

Argumentando en contra de la neutralidad, explican que la práctica clínica está colmada de consideraciones e indicaciones guiadas por valores; la mayoría, si no todos los médicos están de acuerdo en que los fumadores deben dejar su adicción al tabaco, en que las personas deben consumir una dieta hipocalórica y expresamente hacen recomendaciones para que los individuos que los consultan cambien sus hábitos de vida, a fin de prevenir futuros daños en la salud.¹³⁰ Desde ese punto de vista, consideran que la neutralidad pugna inevitablemente con la práctica corriente de la medicina, puesto que los profesionales de la salud hacen recomendaciones en cuya base hay juicios de valor sobre estilos de vida.

En teoría se puede apreciar la validez de la afirmación de que la neutralidad puede colaborar a desarmar los prejuicios en ciertos contextos, aun cuando las feministas han sostenido que las reglas, aparentemente neutrales, tienen incorporadas nociones de subordinación que incluyen el género, la clase y la raza. En el campo de la medicina, la experiencia de las mujeres es distinta de la de los hombres.¹³¹ Con todo,

¹²⁸ BECKWITH y PEPPIN, *supra* nota 125, p. 68.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 74.

¹³¹ Véase REBECCA COOK, "El Feminismo y los cuatro principios éticos", Juan Guillermo Figueroa (trad.), en *Ética y salud reproductiva*, GLORIA CAREAGA PÉREZ, JUAN GUILLERMO FIGUEROA y MARÍA CONSUELO MEJÍA (eds.), Programa Universitario de Estudios de Género, México, 1998, pp. 180-194.

el elemento central en la discusión sobre el ejercicio de la medicina es el respeto por la autonomía del paciente. Los médicos deben recomendar, pero esto no significa imponer un estilo de vida. Sostener lo contrario implica considerar al paciente como un incapaz.

Wicclair¹³² postula que la objeción de un profesional tiene mayor peso moral cuando la objeción no está basada en sus concepciones religiosas, sino en su concepto ético en tanto profesional; por lo tanto, cuando se basa en los valores de la medicina.

La aplicación práctica de los cuatro principios es relevante. Una lectura del Código de Ética de las Matronas en Inglaterra muestra que el principio de autonomía significa respetar el derecho de las mujeres a decidir, independientemente de la posición del personal médico;¹³³ que el principio de la beneficencia, en relación con la objeción de conciencia, significa otorgar el cuidado sin ambivalencias, ya que ello vulneraría los intereses de la mujer y el deber de minimizar cualquier daño.¹³⁴ El interés superior del paciente como directriz sería, parafraseando la Convención Internacional del Niño, que el personal sanitario tiene el deber de asegurar que todas las mujeres tengan completa información y que la negación de información objetiva sobre todo tipo de métodos de regulación de la fecundidad niega el derecho de las usuarias a adoptar decisiones informadas y consentidas.¹³⁵

Es ampliamente compartida la tesis de que en situaciones de riesgo vital un objetor de conciencia no puede negarse a cumplir con sus deberes médicos, mientras que bajo otras circunstancias se reconoce el derecho del profesional a deri-

¹³² WICCLAIR, *supra* nota 77, p. 227.

¹³³ JAYNE MARSHALL y MAUREEN RAYNOR, "Conscientious objection 1: Legal and ethical issues", *British Journal of Midwifery*, vol. 10, N° 6, 2002, p. 391.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ European Union Midwives Directive of 1998, en MARSHALL y RAYNOR, *supra* nota 133, p. 390. En este sentido, se debe hablar de un proceso de toma de decisiones informadas más que de consentimiento informado, puesto que el eje central está en el deber del personal sanitario de entregar la información relevante para la adopción de una decisión. Véase WORLD HEALTH ORGANIZATION [ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)], *Gender and Reproductive Rights: Considerations for Formulating Reproductive Health Laws*, WHO/RHR/00.1, <http://www.who.int/reproductive-health/publications/RHR_00_1/RHR_00_1_contents.htm>, visitada el 5 de agosto, 2004.

var al paciente a otro profesional.¹³⁶ Por su parte, la negativa a derivar al paciente a un segundo profesional es contraria a los principios éticos de la beneficencia y no maleficencia. En efecto, el Observatorio Nacional de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona declaró:

Como cualquier otro derecho, la objeción de conciencia tiene sus límites y para su ejercicio debe cumplir unos determinados requisitos. El límite esencial es que nunca el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de un profesional sanitario puede suponer perjuicio para el paciente, por lo que sólo podrá admitirse cuando no limite la atención sanitaria obligatoria. La objeción de conciencia, como derivada de la libertad ideológica, es un derecho individual que no podrá ser ejercitado por una institución— centros de salud, hospitales.¹³⁷

Los límites a la objeción de conciencia han provocado un fuerte debate entre los académicos no laicos, algunos de los cuales no le reconocen límite, incluso en situaciones de riesgo vital. Tal como sostiene Beckwith y Peppin,¹³⁸ aun cuando esas situaciones sean difíciles, “no justifican que los profesionales de la salud no sean fieles a sus creencias personales o morales”.

En esta misma posición está el Dr. Rafael Pineda, profesor adjunto de Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Rosario en Argentina, quien evacuó un informe¹³⁹ en el juicio para prohibir el “Inmediat”, un fármaco para anticoncepción de emergencia que se litigó en esa nación,¹⁴⁰ y que luego fue presentado por la demandante en

¹³⁶ DICKENS, *supra* nota 86, p. 286. Así, la legislación de Guyana, expresamente, al igual que la inglesa, pone como límite el riesgo vital, véase VAN BOGAERT, *supra* nota 119, p. 136.

¹³⁷ GRUPO DE OPINIÓN DEL OBSERVATORI EN BIOÈTICA I DRET, *Documento sobre salud sexual y reproductiva en adolescentes*, Universidad de Barcelona, 2002, p. 14, <<http://www.pcb.ub.es/homePCB/docs/pdf/documentosaludsexual.pdf>>, visitada el 13 de abril, 2005.

¹³⁸ BECKWITH y PEPPIN, *supra* nota 125, p. 80. Véase GABRIELA GAMBINO y ANTONIO G. SPAGNOLO, “Ethical and Juridical Foundations of Conscientious Objection for Health Care Workers”, *Journal of Medical Ethics and Bioethics*, vol. 9, N° 2, 2003, p. 3.

¹³⁹ RAFAEL LUIS PINEDA, “‘Contracepción de Emergencia’: un mal llamado método contraceptivo”, informe en el juicio en contra de ‘Inmediat’ en Argentina, en Acción de Amparo caratulada, Portal de Belén -Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, p. 709, XXXVI.

¹⁴⁰ *Ibid.*

el juicio de nulidad de Derecho Público en contra del Instituto de Salud Pública de Chile por otro producto para AE.¹⁴¹ El médico sostiene que sobre el principio de beneficencia, el derecho humano de la mujer

[...] termina cuando comienza el derecho de otro ser humano; por tanto, el principio de beneficencia también debe ser aplicado al embrión recién concebido, independiente de que se haya implantado o no, ya que todo ser humano concebido tiene derecho a que le sea respetado su derecho a la vida, independiente de las decisiones de sus progenitores.

Sobre la cuestión de la objeción de conciencia señala:

Los profesionales involucrados en la atención de pacientes, en las llamadas situaciones de “riesgo de embarazo”, tienen el derecho a rechazar la prescripción y administración de estas píldoras por razones de conciencia basadas en la demostración científica de los efectos abortivos de esta asociación hormonal. La objeción de conciencia tiene valor ético y legal, y no puede ser considerada una falta al deber de los profesionales de la salud en la atención a sus pacientes, ya que en esta situación —como se ha dicho— se pone en riesgo de ser eliminada la vida recién concebida. Es más, el deber de los médicos ante los pacientes que solicitan este tipo de intervenciones farmacológicas es el de alertar sobre los efectos directos que su uso tiene sobre el embrión recién concebido.

En otras palabras, esta postura rechaza incluso la doctrina del doble efecto, en virtud de la cual un acto que es moralmente objetable es permitido siempre y cuando su resultado no sea deseado y ello sólo sea producto de un fin justificado y legítimo, tal como salvar una vida o un órgano. Las soluciones que se promueven desde esta postura no se hacen cargo ni del conflicto, ni de los intereses, ni de los derechos involucrados, y dejan en manos de los parientes o amigos la tarea y la carga de encontrar un facultativo que pueda atender la urgencia médica.¹⁴² Con esto se renuncia simplemente al deber ético y médico del caso concreto y se contrarían los principios de beneficencia y no maleficencia.

¹⁴¹ El juicio está caratulado “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública”, Rol 5839-2002, 20° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁴² *Ibid.*

Los usuarios de los sistemas públicos de salud son especialmente vulnerables, ya que no están en condiciones de elegir otros profesionales. Por esto la responsabilidad que impone la objeción es la búsqueda de profesionales que puedan entregar la asistencia y los servicios médicos que un paciente necesita. Singer¹⁴³ sostiene que la permisibilidad de la exención de realización de aborto en la ley es posible en la medida en que haya médicos suficientes para realizar el procedimiento cuando éste es legal; no sería permisible, en cambio, que las medidas que adopte el Estado se vuelvan inútiles porque hay algunos pocos infractores.

Si la objeción de conciencia está concebida o construida sin límites o reservas, es posible sostener que es una potente herramienta para negar a las mujeres el derecho a tomar decisiones sobre su autonomía reproductiva. Howland¹⁴⁴ previene que en algunos lugares el fundamentalismo religioso ha servido como una justificación para que los Estados controlen cada aspecto de la vida pública y privada. El uso de la objeción de conciencia parece ir en ese sentido, y es por ello que el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha señalado que la negación de servicios de salud sexual y reproductiva por razones religiosas es una violación a los derechos reproductivos de las mujeres.¹⁴⁵ La Recomendación General N° 24 señala que

[...] la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar los servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas

¹⁴³ SINGER, *supra* nota 11, p. 111.

¹⁴⁴ COURTNEY W. HOWLAND, "Safeguarding Women's Political Freedoms", en *Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women*, COURTNEY W. HOWLAND (ed.), St. Martin's Press, Nueva York, 1999, p. 95.

¹⁴⁵ Observaciones a Croacia en COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), *Informe del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, N.U. Doc. A/53/38/Rev.1 (1998), pár. 109. Véase las Observaciones a Italia en CEDAW, *Informe del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, N.U. Doc. A/52/38/Rev. 1, Part II (1997), pár. 353.

para que remitan a la mujer a otras entidades que presten esos servicios.¹⁴⁶

Tanto el Comité de la CEDAW como el del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han enfatizado la necesidad de delimitar los efectos de las prácticas tradicionales y la interferencia estatal y privada en la salud reproductiva de las mujeres.¹⁴⁷ La objeción de conciencia es permisible siempre y cuando no se convierta en una barrera en el acceso a los servicios de salud. En situaciones como éstas los Estados deben adoptar medidas positivas para asegurar sistemas de derivación adecuados y eficientes.¹⁴⁸

El derecho a la salud significa que los Estados deben proteger, promover y asegurar el servicio de salud. Las barreras en el ejercicio y el goce de tal derecho, provenientes de los profesionales de la salud, que se deban a la falta de una regulación adecuada o a políticas públicas deficientes, son consideradas omisión del Estado y una violación de los derechos humanos.¹⁴⁹

CONCLUSIÓN

El Derecho reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Sin embargo, el derecho a manifestar públicamente esos derechos está limitado para no transgredir los derechos de terceros. La objeción de conciencia cumple una doble función: permite la manifestación de creencias,

¹⁴⁶ CEDAW, *Recomendación general 24*, N.U. Doc. A/54/38/Rev.1 (1999), pár. 11.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párs. 11, 14 y COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR), *Observación general N° 14*, N.U. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párs. 14, 34, 35.

¹⁴⁸ CEDAW, *Recomendación general 24*, *supra* nota 146, pár. 11. Véase también conclusiones sobre Sur Africa en CEDAW, *Informe del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1997), *supra* nota 145, pár. 113.

¹⁴⁹ CESCR, *Observación general N° 14*, *supra* nota 147, pár. 49. En este sentido, el Informe del Relator Especial, Paul Hunt, identifica múltiples obstáculos para asegurar la salud sexual y reproductiva, y sostiene que se interrelacionan. Entre ellos, las concepciones tradicionales sobre la sexualidad tienen un impacto en la provisión de servicios. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los Derechos económicos, sociales y culturales*, Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt, N.U. Doc E/CN.4/2004/49 (2004), pár. 14.

por lo cual los proveedores de salud pueden rehusarse a practicar procedimientos médicos, mientras que la ética médica impone —al igual que el marco en el que se inscribe el derecho a manifestar tales creencias— que ello no irroge daño a terceros. La objeción de conciencia como fenómeno expandido en los servicios de salud reproductiva representa un gran desafío al igual que, potencialmente, una gran barrera en el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas, en particular de las mujeres. El crecimiento del fundamentalismo religioso requiere de un análisis concienzudo y de soluciones viables en un tema que se ha convertido en una forma de desobediencia civil que tensiona los sistemas de salud y pone en discusión las obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Los Estados deben garantizar la igualdad ante la ley, y ello exige, en lo posible, acomodar las creencias y convicciones que son de relevancia para los individuos, sin que ello signifique menoscabo o violación al derecho a la salud, autodeterminación, no discriminación y seguridad de las personas. En situaciones de riesgo vital, el rechazo a realizar intervenciones o procedimientos médicos contrarios a la ética médica puede comprometer seriamente la vida de una mujer.

Las consecuencias de tales actos son múltiples, y van más allá de responsabilizar al individuo en cuestión, donde el Derecho Civil y la negligencia médica pudieran ser de utilidad. En virtud de que los efectos de las conductas comprometen la responsabilidad de los sistemas de salud, sean éstos públicos o privados, la objeción de conciencia por razones religiosas requiere una mirada global y no soluciones parciales que puedan surgir a través del litigio. El Derecho Internacional de derechos humanos, complementado con los principios de la bioética, puede entregar un marco sobre el cual trabajar una propuesta para acomodar a los objetores, sin privar o menoscabar las decisiones reproductivas de las mujeres.

Los profesionales de la salud tienen un deber de cuidado respecto de las personas que atienden; es una relación en la que se comprometen a realizar, de la mejor forma posible, aquellos servicios que satisfacen las necesidades de salud de sus pacientes. Cuando los intereses y los derechos de pacientes y profesionales entran en conflicto, un marco ético y de derechos humanos debería servir para equilibrarlo, re-

conociendo que la objeción de conciencia aumenta la responsabilidad individual —del objetor— y la responsabilidad del Estado para asegurar que los derechos de los usuarios sean respetados.

EL DERECHO PENAL EN GUATEMALA una deuda pendiente

*Hilda Morales Trujillo
María del Rosario Velásquez Juárez*

La legislación guatemalteca en general, y la legislación penal en particular, se encuentran en proceso de transformación en relación con los derechos humanos de las mujeres. En materia civil y laboral ha habido pequeños avances; sin embargo, en materia penal la resistencia al cambio es constante, a pesar de la lucha del movimiento de mujeres para exigir reformas legales al Congreso y sus esfuerzos en plantear propuestas concretas para su modificación. En efecto, se persigue que aquellos actos que lesionan los derechos de las mujeres y no son considerados ilícitos penales, como el acoso sexual, la violencia intrafamiliar, la violación intraconyugal, entre otros, sean tipificados a fin de que la falta de legislación no sea un pretexto para que se perpetúe la impunidad.

Las deficiencias del actual Código Penal, que data de 1973, pero reitera normas en relación con las mujeres que provienen de los antiguos derechos romano y español, y las insuficiencias del Código Procesal Penal en materia de derechos humanos, hacen de la legislación penal guatemalteca un cuerpo normativo discriminatorio y generador de impunidad e inequidad en el acceso y la aplicación de la justicia. Estos hechos han sido señalados por las mujeres organizadas de la sociedad civil, quienes además se han dado a la tarea de

promover la discusión al respecto y de elaborar estrategias para que los anteproyectos de ley que han presentado sean aprobados. No obstante, como hemos dicho, tales esfuerzos, en su mayoría, han sido en vano.

La legislación continúa manteniendo tipos delictivos obsoletos, que fomentan, perpetúan y justifican la violencia contra las mujeres; y es funcional, en la práctica, para mantener bajo control cultural, social y legal los cuerpos de las mujeres, negándoles la posibilidad de hacer efectivos derechos humanos fundamentales como la libertad sexual, la integridad, el desarrollo y la propia vida, así como la dignidad.

En este artículo intentamos compartir y hacer visibles las dificultades y los avances legales logrados en los últimos años, así como presentar las propuestas de reforma legal que hemos esbozado para modificar la legislación penal y procesal penal.

Esas propuestas llevan plasmadas transformaciones basadas en la teoría de los derechos humanos, en la teoría de género, en la doctrina de protección integral de la niñez y en los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala en los Acuerdos de Paz suscritos conjuntamente con la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca —URNG— para poner fin a la guerra interna que durante más de 36 años aquejó a nuestro país.

Así, se pretende impregnar tal legislación con un nuevo abordaje desde la perspectiva femenina, lo que comprende el proceso de deconstrucción genérica del Derecho en general y, particularmente, del Derecho Penal, iniciado por las mujeres organizadas a partir de la transición hacia la democracia.

I. LAS MUJERES, LA TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA Y EL PROCESO DE PAZ EN GUATEMALA

La transición hacia la democracia en Guatemala se inicia con la elección de una Asamblea Constituyente, que dio como resultado una nueva Constitución Política en 1985 y que cobró vigencia el 14 de enero de 1986. Esta Constitución reglamenta, en un importante porcentaje de su articulado, derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, como

respuesta a la gravísima vulneración de derechos y libertades ocurridas durante el conflicto armado interno.¹

En el capítulo de los derechos humanos, la Constitución incluye el principio de igualdad, mencionando en forma expresa la de hombres y mujeres, sin importar su estado civil. Esto significa un respaldo constitucional apto para plantear la revisión de la legislación y para impugnar, por la vía de la inconstitucionalidad, aquellas normas que discriminan a las mujeres y que propician la violencia en contra de ellas.

La instalación, en 1986, de un gobierno democráticamente elegido, así como el movimiento para poner fin a los conflictos armados de El Salvador y Nicaragua, hicieron posible que se iniciara el proceso de paz en Guatemala; proceso que se inscribe dentro del marco de los denominados ‘Acuerdos de Esquipulas’, con miras a la pacificación.²

El proceso de negociación duró diez años y se caracterizó por tener avances, retrocesos y estancamientos.

[En 1993] Se decide que los temas sustantivos serán tratados en un foro permanente por la paz, el cual se concibe y se crea con la Asamblea de la Sociedad Civil (ASC). Esta Asamblea es instalada en mayo de 1994, como resultado del Acuerdo marco para la reanudación del proceso de negociación [...]. Sin embargo, por la etapa en que se encuentra la negociación, por la gran disparidad numérica y la incomprensión de que las mujeres pudieran conformar un sector particular, no se hacen planteamientos específicos al respecto.³

En estas oscilantes circunstancias del proceso, las mujeres empiezan a participar en las mesas del sector sindical y popular, en donde sus propuestas sobre una nueva perspectiva femenina no son acogidas. Por lo tanto, exigen la creación de una mesa específica que se denominó “Sector de mu-

¹ El enfrentamiento armado en Guatemala se ha marcado en un periodo que se inicia en 1962 aproximadamente y termina en 1996. El proceso tuvo, como actores visibles, al Ejército y a la insurgencia, pero puso en evidencia además la responsabilidad y participación de partidos políticos, grupos de poder económico y diversos sectores de la sociedad civil, sin excluir al Estado que, en todo este proceso, se mantuvo involucrado.

² HILDA MORALES TRUJILLO, *Las obligaciones legislativas a favor de las mujeres derivadas de los acuerdos de paz*, Oficina Nacional de la Mujer (ONAM), XL Publicaciones, Guatemala, 1997, p. 9.

³ *Ibid.*, p. 10.

jeros". Esto hizo posible que en los sucesivos acuerdos fueran incluidas sus necesidades y se pudiera influir en la creación de conciencia y en la sensibilización de las partes.⁴

Aun cuando el avance de la condición y situación de las mujeres no ha sido el esperado después de haber suscrito el Acuerdo de Paz Firme y Duradera en diciembre de 1996, es importante señalar que dicho proceso ha sido importante en la lucha de las mujeres para instalar sus demandas en la vida pública y para el desarrollo de su ciudadanía. Desde el punto de vista formal, tanto la Constitución Política de 1985 como los Acuerdos de Paz, que entre otros aspectos establecen el compromiso de cumplir con los postulados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, constituyen un referente para la transformación de la legislación existente, amén de la existencia de normas de Derecho internacional sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), entre otros, que contienen normas que favorecen el abordaje de los derechos de las mujeres. Sin embargo, como hemos dicho, los avances obtenidos son mínimos en comparación con las necesidades de las mujeres y la vigencia de sus derechos, que, en su mayoría, siguen en la agenda pendientes.

En lo que respecta al fortalecimiento de la justicia, el Estado de Guatemala se comprometió a facilitar la construcción de la paz social, económica y política. Por esto, en el acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil,⁵ se reconoce que una de las grandes debilidades estructurales del Estado reside en el sistema de administración de justicia y que es necesario garantizar el acceso y la imparcialidad en su aplicación, entre otros aspectos.

No obstante, el acceso es aún difícil y en el sistema subyacen estereotipos sexistas que no sólo son aplicados por los

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ *Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del Ejército en una sociedad democrática*, apartado III: "Sistema de Justicia", nos. 8-10.

administradores y operadores, sino que están presentes en la propia legislación. Se llega al extremo de aplicar normas derogadas en lugar de las vigentes, como es el caso de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar y las reformas al Código Civil hechas en 1998 y 1999.⁶

II. INDIFERENCIA DEL ESTADO EN LOS DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DE LAS MUJERES

El Estado de Guatemala mantiene entreabierta la puerta de la justicia para las mujeres y, cuando ellas se asoman, la cierra por completo. En efecto, por construcción genérica, a las mujeres les es difícil tomar la decisión de reclamar sus derechos y de denunciar hechos que constituyen delitos sexuales. Sin embargo, cuando se atreven a hacerlo, el sistema de normas y el andamiaje del sector justicia las desanima y las alienta para que desistan de sus reclamaciones. Dicha situación ha sido planteada y denunciada reiteradamente en el proceso de cabildeo para la aprobación de reformas a la ley penal y procesal penal, principalmente, y responde a la dicotomía histórica en el trato desigual a hombres y mujeres.

Esa situación refleja un balance negativo de las responsabilidades del Estado, que no ha sido capaz de crear políticas públicas y una política criminal para aplicar una justicia retributiva y restaurativa de la violencia contra las mujeres. Por el contrario, mantiene en normas objetivas la impunidad de *jure* que produce y reproduce lo que M. Cherif Bassiouni explica como impunidad de facto.⁷

⁶ Después de un arduo proceso ante la Corte de Constitucionalidad y ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso María Eugenia Morales de Sierra, quien fue la peticionaria.

⁷ M. CHERIF BASSIOUNI, nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional, “La Corte Penal Internacional: ratificación y aplicación por las legislaciones nacionales”, 2000, p. 2, extracto.

A. POSICIÓN Y SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

1. Derecho Penal

El Derecho Penal, al igual que el resto de leyes en Guatemala, relega a las mujeres a una situación de inferioridad y desventaja para ejercer sus derechos, aunque estén constitucionalmente reconocidos.

- Al escindir los hechos delictivos en públicos y privados, se confirma que hay conductas que parecen incumbir únicamente a sus actores.⁸

- La transformación del sistema inquisitivo en acusatorio, que responde a la corriente minimizadora de la acción institucional en la persecución y sanción de los hechos delictivos, trae como consecuencia que los delitos cometidos contra las mujeres —contra quienes se cometen la mayoría de delitos perseguibles a instancia de parte— sean susceptibles de la desjudicialización, es decir se mantengan en la esfera de lo privado.

- El Código Penal establece normas reiterativas de concepciones decimonónicas que permiten el control legal de la libertad sexual de las mujeres y atentan en contra de su dignidad, su integridad y su desarrollo integral, así como fomentan una imagen negativa y estereotipada de las mujeres y de las niñas. El Código data de 1973, y sus disposiciones desconocen los derechos consagrados en la Constitución de 1985, entre ellos el principio de igualdad, y los compromisos que el Estado de Guatemala ha asumido con la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales de protección en materia de derechos humanos de las mujeres.

- El Derecho Penal clasifica los denominados delitos contra la libertad sexual y contra el pudor, como todavía se les llama, como bienes jurídicos secundarios y, por lo tanto, como actos que carecen de relevancia social y no causan impacto social. Estamos frente a normas penales en las que el legislador ha omitido proteger bienes jurídicos de vital importancia para las mujeres y las niñas, como la vida, la libertad, la integridad, la dignidad y la seguridad de las personas, y para proteger su honestidad y su moralidad. Este hecho es una clara

discriminación contra la mujer a la luz del artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

- En algunos delitos, como el estupro —que no es otra cosa que la violación inducida—, se regula una previa calificación de la víctima para que el hecho perpetrado constituya delito; esto es, la agredida debe ser mujer “honesta”. De esta manera, en lugar de cumplir con la protección de bienes jurídicos constitucionales —entendiendo que los códigos penales son una Constitución en negativo—, la legislación penal protege como bienes jurídicos conceptos subjetivos que conducen al juez a determinar la participación en el delito de acuerdo con prejuicios sociales y proveen al agresor de elementos de re-victimización.

- Los bienes jurídicos protegidos por la norma objetiva no responden a un marco de convivencia social ni a un programa de política criminal basado en la realidad que viven las mujeres. Un programa de política criminal debe tomar en cuenta intereses y valores que dentro de un conglomerado social e histórico respondan a la protección que el Estado debe a la ciudadanía.

- En relación con los tipos penales, se mantiene la tendencia a redactar los supuestos de hecho de la norma penal en el marco de la acriminación, de tal forma que conducen a su inaplicabilidad. Esto se evidencia en la tipificación de los delitos de estupro y abusos deshonestos agravados, en los cuales se califica la conducta de las mujeres para poder ser protegidas: ser honestas, menores de edad y con inexperiencia sexual.

- El ordenamiento penal guatemalteco refleja diversas formas de sexismo: es *androcéntrico*, puesto que para tipificar los delitos cometidos en contra de las mujeres parte de las necesidades que tienen los hombres y reafirma los valores que la sociedad promueve y asigna a cada sexo, lo cual, desde luego, mantiene la hegemonía masculina y beneficia la conducta de los agresores. Basta citar como ejemplo la atipicidad de la violación cometida por el cónyuge, ya que la relación sexo-genital se toma como un *débito conyugal*, cuya responsabilidad recae en las mujeres.

- El ordenamiento penal peca de doble moral, que es otra forma de sexismo; ejemplo es el requisito de la inexperiencia

cia sexual, con el que se controla y se mantiene vigilancia sobre lo que las mujeres pueden hacer con su propio cuerpo.

• La parte general del Código Penal⁹ que regula las medidas de seguridad que se aplican a una persona que presenta índices de peligrosidad, enuncia la explotación o el ejercicio de la prostitución. Estas normas deben interpretarse en armonía con el delito de proxenetismo,¹⁰ que establece una multa dentro del rango de dos mil quinientos a diez mil quetzales,¹¹ que el proxeneta debe pagar en las cajas del Organismo Judicial para cumplir con la sanción y para desligarse de la persecución penal, sin que exista protección ni resarcimiento alguno para la víctima —quien ejerce la prostitución—, antes bien, considerada “peligrosa”, aunque la sentencia que se dicte en contra de ella sea absolutoria por cualquier delito que se le hubiere imputado, aun cuando no tenga relación con el ejercicio de la prostitución. De igual manera, el artículo 190 establece el delito de Inducción a la Prostitución Mediante Promesa o Pacto, sancionado con prisión de uno a tres años. Sin embargo, tanto en este caso como en el delito de proxenetismo, se puede aplicar una medida desjudicializadora como el criterio de oportunidad,¹² o bien la suspensión condicional de la persecución penal,¹³ o extinguirse por el pago previsto para la pena de multa si se tratare del proxenetismo. Ésta es una complacencia normativa para los hombres que cometan tales delitos restrictivos de la libertad sexual de las mujeres, al establecer una correspondencia entre la sanción del delito y la posibilidad de pago del explotador sexual y del proxeneta, así como de decretar a su favor la suspensión condicional de la persecución penal porque “el imputado no revela peligrosidad”. Mientras tanto, las mujeres se ven en la situación de continuar siendo explotadas sexualmente —con todas las otras circunstancias nefastas que el ejercicio obligado de la prostitución conlleva— ante la sanción social por el ejercicio de la prostitución y las limitacio-

⁸ GLADYS ACOSTA VARGAS, *Las mujeres en los códigos penales de América Latina y del Caribe Hispano*, UNIFEM, 1996, pp. 3-4.

⁹ Código Penal, arts. 84-88.

¹⁰ *Ibid.*, art. 191.

¹¹ Equivalentes a US\$ 312 y US\$1.250, respectivamente.

¹² Código Procesal Penal, art. 25.

¹³ Código Procesal Penal, art. 27.

nes que el propio Código Penal establece para el ejercicio de sus derechos en juicio; por ejemplo, no se les considera testigos idóneos, puesto que para el efecto se investigará su identidad, las relaciones que mantengan con las partes, sus antecedentes penales, su clase de vida.¹⁴

- Otra forma de sexismo que se manifiesta en la legislación guatemalteca, incluyendo la legislación penal, la observamos en la sobre-generalización que se encuentra cuando al hacer el análisis de las normas resulta imposible, o muy difícil, saber si se trata de uno u otro sexo, porque el lenguaje que se utiliza en las leyes formalmente promulgadas es en género gramatical masculino, aunque se refiera al sexo femenino, como sucede con las normas penales, en donde se hace imposible saber cuándo están excluidas o incluidas las mujeres.¹⁵ Ejemplos de esta manifestación de sexismo los encontramos en las normas que se refieren al “Perdón del Ofendido” y resulta que son susceptibles de dicho perdón —en su mayoría— los delitos sexuales que se cometen en contra de las mujeres.

- El incesto tiene una connotación privada, bajo el argumento de que es una situación que se da dentro de la casa y, por lo tanto, la sanción es relativamente baja. Asimismo, el artículo 200, que regula el matrimonio de la ofendida con quien haya abusado sexualmente de ella o la haya violado o raptado es una forma de extinción de la responsabilidad penal, o de la pena, si ya se hubiere impuesto. El supuesto es que con el matrimonio se repara el daño hecho a la víctima y se restaura su “dignidad”, su “honor” y el de su familia.

- La inexistencia de regulación o políticas públicas que contemplen medidas para el tratamiento físico y psicológico de las víctimas de violencia sexual, o para hacer viable y positiva su participación en el proceso. Cuando el Estado no difunde ni aplica una política sobre la anticoncepción de emergencia para las víctimas de violaciones sexuales, como un método extraordinario que impida el embarazo, así como la facilitación de análisis de laboratorio para la detección

¹⁴ Código Procesal Penal, art. 211.

¹⁵ ALDA FACIO, *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, Costa Rica, 1992, p. 99.

del VIH-Sida y otras infecciones de transmisión sexual, viola, por omisión, los derechos humanos de las mujeres. Por el contrario, el sistema jurídico prevé que la mujer debe llevar un embarazo producto de violación a término, so pena de ser procesada por el delito de aborto.

- El ordenamiento penal no contempla la totalidad de conductas objeto de punición, tales como la violencia intrafamiliar en todas sus manifestaciones, el acoso sexual y también la esclavitud sexual, la inducción, promoción, facilitación y reclutamiento para la prostitución, el embarazo forzado, estas últimas dentro de un ataque generalizado, el turismo sexual, la pornografía de niñas, niños y adolescentes. Ignora, además, el *femicidio*.¹⁶ forma exacerbada de violencia contra las mujeres, que denota misoginia extrema y que se está presentando en forma reiterada y evidente en Guatemala, al igual que en Ciudad Juárez, México.

- El ordenamiento penal es válido pero ineficaz; no existen antecedentes sobre procesos o condenas por delitos como el proxenetismo, la rufianería, la trata de personas.

- La sanción penal se aplica de manera desigual cuando se trata de comportamientos relacionados con atentados en contra de las mujeres, apoyándose en la tendencia del Derecho penal mínimo, que tiende a disminuir las sanciones, a establecer menor número de delitos, a eliminar conductas que lesionan bienes jurídicos constitucionalmente establecidos o a desjudicializarlas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad sexual. En estos casos, su persecución se lleva a cabo mediante instancia particular y en los casos de violación, estupro, abusos deshonestos o rapto, se ofrece la extinción de la responsabilidad penal o de la pena —si ya hubiere sido impuesta— al sujeto activo del delito por el “legítimo” matrimonio con la agredida, que en realidad es un matrimonio bajo coacción.

- Existe un desequilibrio en el tratamiento punitivo considerado para el delito de violación y el delito de incesto agrava-

¹⁶ Diana Russell y Jill Radford definieron desde 1992 el “femicidio” como el “asesinato de mujeres por razones asociadas con su género. El femicidio es la forma más extrema de violencia de género, entendida ésta como la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por violencia intrafamiliar y la violencia sexual”.

do; en el primer caso la pena establecida es de ocho a veinte años de prisión mientras que en el incesto agravado (que debería ser además una violación agravada) la pena es de tres a seis años de prisión.

2. Derecho procesal penal

Guatemala fue el primer país de la región en adoptar un sistema procesal acusatorio.¹⁷ Esta reforma introduce una nueva clasificación de la acción penal, e incluye instituciones como el criterio de oportunidad, la mediación y la conciliación.

Los propósitos de la reforma fueron varios: entre ellos, garantizar la eficiencia y la celeridad de la administración de justicia, descongestionar la acumulación de expedientes en el Ministerio Público y en los tribunales competentes, promover que las víctimas asuman un papel protagónico en el proceso, así como abrir la posibilidad de que sean aplicadas costumbres de comunidades indígenas (Derecho Consuetudinario) y otros Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Sin embargo, al introducir estas instituciones innovadoras, el proceso penal guatemalteco resultó siendo un sistema inconsistente e incongruente con lo establecido por la Constitución. Se creó inseguridad jurídica y se generó ineficacia en la justicia para las mujeres.

- Si bien el Estado debe garantizar la protección a la vida humana, a la integridad y seguridad de toda la población en general, sin discriminación, al trasladarle a la víctima el papel protagónico de intervenir en la búsqueda de una “composición del delito”, se elude el cumplimiento de su responsabilidad y no toma en cuenta la condición y situación que viven las mujeres en una sociedad que las ha socializado para la indefensión y que por lo tanto les impide exigir el cumplimiento de sus derechos. En ese orden de ideas, el Estado deja indefensas a las mujeres ante los agresores, las obliga a “instar” la persecución penal por sí mismas, pero les coloca obstáculos para facilitar dicha persecución, lo que desalienta su decisión de denunciar y estimula el desistimiento, la renuncia, el avenimiento y la negociación económica.

¹⁷ Decreto 51 de 1992, Código Procesal Penal.

• Otro aspecto importante es el criterio de diferenciación que se aplica para imponer una sanción penal mediante el juicio del hecho o para desjudicializarlo. El criterio adoptado por el Código Procesal Penal guatemalteco se basa en la doctrina alemana que separa los bienes jurídicos que ameritan la protección del Derecho para asegurar la vida comunitaria.¹⁸ Esto significa que al aplicar tal doctrina, la integridad física y psicológica de las mujeres y sus demás derechos humanos, no constituyen presupuestos indispensables para la vida comunitaria.¹⁹ Las instituciones desjudicializadoras antes mencionadas ponen de manifiesto que, en el caso de las mujeres, la redefinición de las normas del procedimiento penal no representa una ventaja sino que, por el contrario,

[...] minimiza la posibilidad de reparar el daño como en el caso del delito de *Negación de asistencia económica*, porque al desjudicializar el caso se obliga a las mujeres a atravesar una nueva conciliación —que dadas las circunstancias de ingente necesidad de percibir las pensiones alimenticias impagadas para cubrir las necesidades de la prole, las conduce a reducir tales prestaciones, o a renunciar a sus derechos previamente reconocidos en los procesos llevados a cabo en los Juzgados de Familia. En otras palabras, la desjudicialización de los delitos que se cometen en contra de las mujeres, las afecta en su especificidad, pues artificialmente se pretende colocarlas en un plano de igualdad con los autores del delito, apartándose de las diferencias de género existentes entre ambos.²⁰

• El fundamento dicotómico del Derecho Penal llevó al legislador a dar preponderancia a los delitos de Acción Pública, considerándolos como los más graves y que lesionan los intereses de la sociedad. Por otra parte, el legislador estableció como delitos de acción pública dependientes de instancia particular y acción privada, aquellos hechos delictivos que consideró de “poca monta”, de intrascendencia para la comunidad y que, según él, no causan impacto social. En esta se-

¹⁸ Rubén Calderón, citado por la jurista HILDA MORALES TRUJILLO, *supra* nota 2.

¹⁹ HILDA MORALES TRUJILLO, *Prólogo a propuesta de ley para reformar el Código Procesal Penal. Proyecto reducción de la violencia contra la mujer*, Spi, Guatemala, 2002, p. 17.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

gunda clasificación incluyó los delitos sexuales: la violación, la violación agravada, el estupro —violación inducida— en todas sus manifestaciones, abusos deshonestos (sic), el incesto, el contagio venéreo, el rapto.

- En el segundo tipo de dicha clasificación se eliminó la oficialidad y el rol protagónico del Estado representado por el Ministerio Público. Para la persecución de delitos de segunda categoría es indispensable la instancia particular; lo que hace depender la acción pública, el ejercicio de la acción por el Ministerio Público, de la acción privada. La consecuencia, en una sociedad patriarcal, es que la mayor parte de la población carezca de acceso a la justicia. Por esto las mujeres, que generalmente carecen de medios, deben desistir de denunciar los delitos que se cometen en su contra. Ellas, en su mayoría, ignoran las normas legales que establecen los requisitos, ritos y etapas procesales, no tienen facilidad en la producción de las pruebas y se encuentran en imposibilidad de contratar profesionales que las asesoren. Se pretende regular una mayor participación de la víctima en el proceso y, mientras el agresor cuenta con un sistema gratuito y oficial para su defensa, la víctima, en este caso las mujeres, no tienen quién las defienda, quién las asesore, salvo que cuenten con recursos económicos para la contratación de profesionales. Esto evidencia la desigualdad de las partes en el proceso.

- El Criterio de Oportunidad es considerado por el Código Procesal Penal guatemalteco como una forma de desjudicialización, por medio del cual el Ministerio Público se inhibe de ejercitar la acción penal en aquellos casos en los que se considera que los hechos delictivos no son graves, no afectan ni amenazan la seguridad ciudadana, ni los intereses de la sociedad y, como consecuencia, se faculta a este órgano para que se abstenga de ejercer la acción penal. La aplicación del Criterio de Oportunidad, en tanto es discrecional del Ministerio Público, implica una política criminal que determina cuándo debe solicitarlo al juez. Si tomamos como premisa que el sistema de justicia guatemalteco ignora o no toma en cuenta la condición, situación y posición de las mujeres, la política criminal del Ministerio Público fomenta la aplicación de dicho criterio en todos los casos, y así desnaturaliza la obligación que tiene el Estado de perseguir y sancionar los hechos delictivos. Ello implica injusticia para las mujeres e impunidad

de los delitos que se cometen en su contra por razones de género; es un mecanismo que requiere el consentimiento de la víctima y, en la práctica, dicho consentimiento es inducido. Al aplicarse el Criterio de Oportunidad en los delitos que se cometen contra las mujeres se pretende significar que ha cesado la amenaza al bien jurídico tutelado, que la lesión ha sido sanada, que los daños provocados se han reparado, que existen acuerdos voluntarios y congruentes al respecto, o bien que los valores de la sociedad se han asegurado. Ello refuerza la concepción de que estos delitos no son de impacto social y que, por lo tanto, su desjudicialización produce mayores beneficios para el sistema judicial, el cual se descongestiona al inducir un arreglo entre las partes involucradas en el conflicto, en lugar de llevar a cabo un largo proceso que conllevaría a la imposición de una pena, con costos para el Estado, privilegiando un criterio económico en lo macro —que no representa una reparación integral para la víctima— en menoscabo de la integridad, la seguridad y la libertad de las mujeres, cuya violación queda impune.

- Otros modos de desjudicialización se encuentran en la Mediación y la Conciliación; formas alternativas para resolver conflictos de intereses. A través de su aplicación se busca el avenimiento de las partes, como si se tratara de un negocio civil o de delitos de carácter estrictamente patrimonial. No obstante, en el caso de los delitos que se cometen en contra de las mujeres por motivos de género, tienen como consecuencia impedir el acceso a la justicia. Esas formas de resolver los conflictos se basan en el supuesto de la igualdad entre las partes para dirimir sus controversias, para buscar de manera eficaz una solución a sus problemas de manera voluntaria. Se basan en un diálogo crítico entre el agresor y la persona agredida. En ese sentido, la aplicación de estas formas desjudicializadoras en los delitos de estupro, incesto, abusos deshonestos o violación es incongruente. Desde la realización del delito se vislumbra la falta de igualdad entre las partes. Cuando se lleva a cabo el procedimiento de mediación y conciliación se afecta a las mujeres agredidas, ocasionándoles una nueva agresión emocional que las inculpa de la situación y refuerza en ellas el sentimiento de culpa. Debería entenderse que la mediación y la conciliación son medios para prevenir daños mayores y que, por ende, no son idóneos

cuando se trata de delitos consumados, salvo que se trate de delitos de carácter eminentemente patrimonial.

- En lo que concierne a las medidas sustitutivas que constituyen una alternativa a la prisión preventiva, y que se aplican en el caso de delitos de poca gravedad, y cuando no exista presunción razonable de fuga y obstaculización de la verdad, según el Código Procesal Penal, contradictoriamente, se aplican también en el caso de los delitos sexuales, lo que pone en riesgo la integridad de la víctima. En el caso del delito de negación de asistencia económica —no pago de alimentos ya determinados por los Juzgados de Familia—, la aplicación de medidas sustitutivas contraviene el artículo 55 de la Constitución, que establece que el incumplimiento de la prestación alimenticia es punible. No obstante, la regulación procesal penal permite que se deposite una cantidad “proporcional” a la suma adeudada, transgrediendo la norma constitucional y negando la subsistencia a la prole.

III. PROPUESTAS DE REFORMA

Ante la existencia de tales cuerpos penales, el movimiento de mujeres en Guatemala ha utilizado diversas estrategias para reformarlos. Una de ellas ha sido la elaboración de propuestas legales y el cabildeo político para convencer al Congreso de aprobarlas. El resultado de esta estrategia, que es lenta y agotadora, ha sido pobre. Otra estrategia ha sido la utilización de la vía de la inconstitucionalidad parcial. Con esta última se logró la derogatoria de los artículos del Código Penal que tipificaban los delitos de adulterio y concubinato. En el ámbito procesal penal, se logró la derogatoria de la norma que regulaba que la persecución penal del delito de negación de asistencia económica requiriera instancia particular.

Consideramos que cualquier proyecto de reforma debe tener en cuenta:

A. EN EL DERECHO SUSTANTIVO

- Modificar la forma como se considera la realización del delito de violación, a fin de contemplar aquella que se comete no solamente por la vía vaginal y mediante la introducción

del pene, como se regula actualmente, sino también por la vía oral y anal, y también por la introducción de diversos objetos por tales vías.

- Considerar como agravante en la sanción, la violación de la cónyuge o conviviente por el esposo o conviviente.

- Derogar el delito de incesto y establecer como una circunstancia especial de agravación en el delito de violación su comisión en contra de menores de edad por parientes o por quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, la tutela o guarda, o sean su padrastro o el conviviente de la madre de la víctima. En este caso la persecución penal deberá ser imprescriptible.

- Eliminar conceptos subjetivos como el pudor y la previa calificación de la víctima como honesta, en la tipificación de delitos de abusos sexuales, el estupro (violación inducida) y el rapto.

- Incrementar las penas establecidas para los delitos sexuales, y transformar las sanciones pecuniarias consideradas en los delitos de proxenetismo, rufianería y trata de personas, en penas de privación de libertad.

- Establecer que la acción penal en los delitos sexuales deberá ser pública (actualmente la acción penal para este tipo de delitos se encuentra regulada como acción privada en el Código Penal y en el Código Procesal Penal como acción pública mediante instancia particular).

- Crear nuevos tipos penales para penalizar la violencia intrafamiliar en todas sus manifestaciones, así como el acoso sexual, el turismo sexual y la pornografía infantil.

- Derogar el perdón de la persona ofendida en los delitos de violencia intrafamiliar y los delitos contra la libertad sexual.

- Derogar la norma relativa al matrimonio del agresor con la víctima.

- Modificar la tipificación del delito de inasistencia económica desde que el juzgado familiar determine la pensión provisional y ésta no sea espontáneamente pagada.

- Modificar el delito de Genocidio a fin de que contemple el embarazo forzado y la violación de mujeres y hombres, niñas y niños, y lograr que la persecución penal sea imprescriptible.

B. EN EL PROCEDIMIENTO

- Reformar el régimen de la acción penal establecida para los delitos sexuales a fin de establecer en tales casos la acción pública.
- Excluir de la aplicación del Criterio de Oportunidad los delitos sexuales.
- Respecto a la persecución penal, se propone que no pueda suspenderse dicha persecución en los delitos sexuales.
- En cuanto al peritaje en los delitos sexuales, se debe considerar el examen, no solamente de las evidencias sino también la existencia de marcadores genéticos del imputado.
- No se deberá conceder ninguna medida sustitutiva, entre otros casos, cuando se trate de los delitos de violación, incesto, abusos sexuales, rapto y negación de asistencia económica.

En cuanto a la tipificación del femicidio como delito, el movimiento de mujeres ha iniciado la reflexión a fin de incluirlo en propuestas futuras; se estudian sus implicaciones, las circunstancias en que se produce —generalmente hay un rapto o secuestro previo, los cadáveres de las mujeres aparecen con señales de violación sexual, con señales de torturas, con múltiples heridas y lesiones; en algunos casos los cadáveres muestran mutilaciones o han sido “descuartizados”—, el perfil de la víctimas —el mayor número de víctimas, según datos de la Policía Nacional Civil, está compuesto por mujeres amas de casa y estudiantes—, el posible perfil de los agresores, así como la responsabilidad del Estado por tolerancia o por acción a través de sus agentes.

Han transcurrido ya muchos años desde que se hizo una primera revisión del Código Penal y se propuso un anteproyecto de ley al Congreso de la República. Sin embargo, en Guatemala es más fácil modificar o sustituir la Constitución que el Código Penal. En aras de buscar la dignificación de las mujeres y de que se hagan vigentes sus derechos humanos, hemos iniciado una nueva etapa a partir de 2000. No hemos cejado en nuestro empeño aunque el camino de la reforma legislativa está plagado de obstáculos y frustraciones.

Cuarta parte
PROTECCIÓN, JUSTICIA Y REPARACIÓN

MECANISMOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA
AL SERVICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES
Y REPRODUCTIVOS
el caso de la Anticoncepción de Emergencia en México

Lourdes Motta-Murguía y Regina Tames

Las políticas son el instrumento mediante el cual se determinan los contenidos de las acciones en el campo de la salud. La política de salud puede expresarse en declaraciones, programas e, inclusive, en disposiciones de carácter jurídico. Sin importar las diferencias existentes entre los medios señalados, todos ellos comparten la característica de ser el resultado de un procedimiento de decisión respecto a qué hacer y cómo hacerlo.¹

En otras palabras, las políticas les proporcionan sustancia, congruencia y consistencia a los servicios de salud, ya que siendo éstas la consecuencia de una o más decisiones, aportan, a su vez, un marco de referencia para la toma de las decisiones subsecuentes.²

El diseño e integración de las políticas de salud se ha convertido, de manera creciente, en tema de debate, particularmente cuando se involucran avances científicos y tecnológicos que traen consigo nuevas posibilidades para la presta-

¹ CAROL BARKER, *The Health Care Policy Process*, SAGE Publications, Londres, 1996.

² *Ibid.*

ción de los servicios o cuestionan los valores o creencias de ciertos grupos de la sociedad (e.g. las técnicas de reproducción asistida).³

Era costumbre que la mayoría de las decisiones en materia de salud se adoptaran ‘a puerta cerrada’; sin embargo, recientemente han tomado auge los esquemas de transparencia y participación pública, ya que permiten alcanzar soluciones más aceptables para la comunidad,⁴ facilitando su instrumentación.

Una razón más para justificar la apertura en la toma de decisiones es el hecho de que son muy diversos los factores sociales, jurídicos y económicos que inciden sobre la salud de las personas; por ello, se requiere de la acción conjunta del gobierno y la sociedad para garantizar el derecho a la protección de la salud.⁵

Los argumentos contemporáneos que defienden una mayor participación social se basan “en una visión de que el derecho al voto es insuficiente y que en una sociedad compleja en la que se requiere implementar políticas aún más complejas se hacen necesarios otros métodos de intervención ciudadana”,⁶ los cuales son propios de la democracia deliberativa.

La democracia deliberativa se fundamenta en el concepto de que los ciudadanos y sus representantes deben entrar en un proceso de discusión acerca de los problemas que afectan a la sociedad, en condiciones tales que les permitan una reflexión razonada, un mutuo entendimiento de los valores, necesidades e intereses de los otros, y la búsqueda de puntos de comunión, para llegar finalmente a soluciones aceptables para todos.⁷

³ *Ibid.*

⁴ CHRIS HEGINBOTHAM, CHRIS HAM, MURRAY COCHRANE y JOHN RICHARDS, *Purchasing Dilemmas*, Special Report from the Kings Fund College and Southampton and South West Hampshire Health Authority, marzo de 1992.

⁵ CALUM PATON, *Health Policy and Management*, Chapman & Hall, Londres, 1996.

⁶ MICHAEL HILL y GLEN BRAMLEY, *Analysing Social Policy*, Blackwell, Oxford, 1994, pp. 203-204.

⁷ CARMEN SIRIANNI y LEWIS FRIEDLAND, *Deliberative Democracy*, <<http://www.cpn.org/tools/dictionary/deliberate.html>>, visitada el 15 de febrero, 2005.

Hasta hace algunos años solía afirmarse que “la esencia de la decisión final [...] [permanecía] impenetrable para el observador —frecuentemente, de hecho, para el decisor mismo— [...]”.⁸ Tratando de retar esa idea, el presente artículo busca elucidar la manera como se definió una política de salud específica, a través de un esquema transparente y abierto de democracia deliberativa. El caso que se analizará es el de la anticoncepción de emergencia en México.

El derecho a la protección de la salud es un componente esencial de la ciudadanía, ya que sin éste las personas no pueden disfrutar de un estado de bienestar y, por lo tanto, son incapaces de ejercer sus derechos políticos y civiles.⁹ En tanto que el disfrute de una sexualidad plena y sin riesgos es una cuestión de salud, el derecho a la protección de esta última está estrechamente vinculado al de la libre decisión reproductiva; ese vínculo se materializa en la prestación de los servicios de planificación familiar, que son el mecanismo que permite ejercer plenamente esa libertad.

El esfuerzo por garantizar la protección de los derechos reproductivos en México ha llevado a modificar estructuras institucionales, jurídicas y administrativas, a movilizar recursos financieros, humanos y materiales, a capacitar y sensibilizar intensivamente al personal de salud, así como a promover la participación social.¹⁰

No obstante, más de la mitad de los embarazos en México no son planeados y, de éstos, alrededor del 50% son consecuencia de una falla anticonceptiva o un error humano, mientras que los restantes ocurren porque no se usan métodos de planificación familiar.¹¹ En el caso de los jóvenes, cuatro de cada cinco embarazos no fueron planeados.¹²

⁸ JOHN F. KENNEDY, “Prefacio”, en *Decision-Making in the White House: The Olive Branch or the Arrows*, THEODORE C. SORENSEN, Columbia University Press, Nueva York, 1963.

⁹ DAVID J. HUNTER y STEPHEN HARRISON, “Democracy, Accountability and Consumerism”, en *Healthy Choices*, STEVE ILIFFE y JAMES MUNRO (eds.), Lawrence & Wishart, Londres, 1997, pp. 120-154.

¹⁰ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *Informe de Ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo 1994-2003, CIPD +10*, CONAPO, México, marzo de 2004.

¹¹ MEXFAM, ¿Porqué son importantes los anticonceptivos de emergencia?, <www.mexfam.org.mx/esp_anti_em_2.htm>, visitada el 15 de julio, 2004.

¹² *Ibid.*

Los embarazos no deseados muchas veces concluyen con un aborto. En un país como México, en donde esa práctica se encuentra penalizada,¹³ un número preocupantemente elevado de mujeres se ven obligadas a recurrir a servicios clandestinos, los cuales son causa de un alto porcentaje de muertes maternas.

En ese sentido, las acciones que se instrumenten para evitar el aborto deben tener como objetivo fundamental prevenir los embarazos no deseados, brindar educación sexual bajo un enfoque de planificación familiar libre, responsable e informada, así como ampliar el acceso de la población a los servicios de planificación familiar, incluyendo la anticoncepción de emergencia.¹⁴

La anticoncepción de emergencia mediante el uso de pastillas está disponible desde hace aproximadamente 25 años; sin embargo, sólo hace unos años se empezó a difundir ampliamente su existencia.¹⁵ La importancia de ese método reside en el hecho de que constituye la única oportunidad anticonceptiva en aquellos casos en que ha habido una relación sexual sin protección, ha fallado el método anticonceptivo o se ha sido víctima de una violación. En consecuencia, la anticoncepción de emergencia coadyuva, de manera importante, a reducir el número de embarazos no deseados y, con ello, a disminuir la morbilidad y mortalidad causadas por el aborto.¹⁶

A pesar de que la anticoncepción de emergencia es un método que cuenta con un sólido aval médico y científico, sigue encontrando resistencia. Esta afirmación es especialmente cierta en América Latina y el Caribe donde existen grupos conservadores que señalan, entre otras cosas, que la anticoncepción de emergencia es un método abortivo, que

¹³ Los códigos penales de cada entidad federativa contemplan algunas situaciones en donde el aborto no se encuentra penalizado.

¹⁴ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹⁵ No fue sino hasta 1995 cuando un grupo de expertos que se reunió en Bellagio, Italia, adoptó una “Declaración de Consenso”, enfatizando en la necesidad de conocer mejor este método. Véase GRUPO PARLAMENTARIO INTER-AMERICANO SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO, *Anticoncepción de emergencia: un secreto no compartido*, vol. 20, N° 1, enero-marzo de 2001.

¹⁶ CONSORCIO LATINOAMERICANO DE ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA Y FAMILY CARE INTERNATIONAL, *Descripción del Documento Regional sobre Abogacía por la Anticoncepción de Emergencia*, enero de 2002.

promueve el comportamiento promiscuo y que, inclusive, puede ocasionar que mujeres y hombres abandonen otros métodos regulares de anticoncepción.¹⁷

En 1974, la planificación familiar se elevó en México al rango de garantía constitucional, situando a ese país a la vanguardia en la materia; sin embargo, el proceso para que la anticoncepción de emergencia se incorporara expresamente al marco jurídico fue particularmente “lento y tortuoso”.¹⁸ Tuvieron que transcurrir más de 30 años desde que se reconoció el derecho a la libre decisión, hasta que, finalmente, el 21 de enero de 2004 dicho método quedó formalmente incluido en la Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar.

La versión de la norma emitida en 2004 permite garantizar el acceso a una gama más amplia de métodos de planificación familiar, incluyendo los más modernos, como la propia anticoncepción de emergencia y el condón femenino, y hace especial énfasis en el enfoque de los derechos sexuales y reproductivos, como se confirma en su introducción:

[...] en el contexto de la democratización de la salud, todos los individuos, sin importar su sexo, edad, raza, condición social o política, credo o preferencias sexuales, tienen el derecho a la información, a la libre decisión, a la protección de la salud, a la no discriminación, al estándar más alto posible en salud y a gozar de los beneficios del progreso científico. Los gobiernos a su vez tienen hacia estos derechos la obligación de respetarlos, protegerlos y difundirlos, tomando medidas legislativas, administrativas y presupuestarias, de acuerdo con sus máximas capacidades, para asegurar que las personas vean realizados sus derechos al cuidado de la salud.¹⁹

¹⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OFICINA REGIONAL DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Anticoncepción de emergencia en las Américas*, hoja Informativa del Programa Mujer Salud y Desarrollo. <<http://www.paho.org/Spanish/HDP/HDP/emergencycontraceptionsp.PDF>>, visitada el 9 de julio, 2004.

¹⁸ RAFAELA SCHIAVON, “Anticoncepción de emergencia: de viejo secreto a derecho reproductivo”, *Perinatología y Reproducción Humana*, vol. 17, N° 4, México, 2003, pp. 245-254.

¹⁹ SECRETARÍA DE SALUD, Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 2004.

El presente artículo aborda el procedimiento de democracia deliberativa a través del cual se logró la incorporación de la anticoncepción de emergencia en la Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar, para concluir que herramientas como ésta contribuyen al avance de los derechos sexuales y reproductivos como obligación del Estado, independientemente de la orientación ideológica del gobierno en turno.

I. MARCO CONCEPTUAL

A. POLÍTICAS DE SALUD

Intentar definir el concepto ‘política de salud’ plantea muchas dificultades. Hay quienes argumentan que “una política [...] consiste en una red de decisiones y acciones que atribuyen [...] valores”.²⁰ Otros van más allá y describen la política como “un conjunto de decisiones interrelacionadas [...] respecto a la selección de metas y los medios para alcanzarlas en una situación específica [...]”.²¹ Estas definiciones hacen evidente que las políticas de salud no se vinculan a una decisión única, sino a varias de ellas.²²

Para efectos de este trabajo, utilizaremos la definición de Barker que señala que

[...] las políticas de salud pueden ser vistas como redes de decisiones interrelacionadas que juntas forman un enfoque o una estrategia en relación con los aspectos prácticos [...] [de] la prestación de servicios de salud.²³

En ese sentido, la política proporciona un marco de referencia —integrado en sí mismo por decisiones—, para abordar casos concretos o solucionar problemas específicos.²⁴

²⁰ DAVID EASTON, *The Political System*, Knopf, Nueva York, 1953, p. 130.

²¹ WILLIAM I. JENKINS, *Policy Analysis*, Martin Robertson, Londres, 1978, p. 15.

²² CHRISTOPHER HAM y MICHAEL HILL, *The Policy Process in the Modern Capitalist State*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1993.

²³ BARKER, *supra* nota 1.

²⁴ Algunos autores ni siquiera intentan distinguir entre la definición de ‘política’ y la de ‘toma de decisiones’, dado que consideran que la primera determina el procedimiento de la segunda y viceversa. Véase, por ejemplo, DESMOND KEELING, *Management in Government*, Allen and Unwin, Londres, 1972.

B. INFLUENCIAS EN LA TOMA DE DECISIONES

Parecería que la mayoría de las decisiones en el campo de la salud deberían tomarse considerando exclusivamente la perspectiva científica. Sin embargo, un buen número de los problemas sanitarios va más allá de lo técnico o lo científico, situación que obliga a considerar otro tipo de elementos.²⁵ Como ejemplo, cabe mencionar que para incorporar tecnologías innovadoras en su catálogo de servicios, las autoridades sanitarias deben plantearse diversos cuestionamientos, para cuyas respuestas les será necesario proveerse de evidencias de fuentes tan variadas como el Derecho, la Sociología, la Economía o la Medicina.²⁶

En otras palabras, si bien existe un respeto generalizado por los datos que resultan de la evidencia,²⁷ tratándose de temas controvertidos, la información científica, económica o epidemiológica no basta; se requiere contar además con los puntos de vista de la academia, de los prestadores de servicios de salud y de los usuarios potenciales, entre otros actores.²⁸ Las buenas decisiones no pueden basarse únicamente en la disponibilidad de información adecuada y suficiente; es necesaria también la habilidad para interpretarla correctamente, al tiempo que se le relaciona con las necesidades y demandas reales.²⁹

Algunos autores argumentan que, en la medida que los países incluyen la protección de la salud dentro de sus catálogos de derechos ciudadanos,³⁰ emergen influencias que afectan a los tomadores de decisiones como un elemento intrínseco a la extensión de la democracia,³¹ y que éstas pue-

²⁵ BARKER, *supra* nota 1.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ MARSHALL MARINKER, "Evidence, Paradox and Consensus", en *Controversies in Health Care Policies: Challenges to Practice*, MARSHALL MARINKER (ed.), BMJ Publishing Group, Londres, 1994.

²⁸ HEALTH COMMITTEE, *Priority Setting in The NHS: Purchasing*, vol. 1, HMSO, Londres, 1995.

²⁹ RICHARD WADSWORTH y JO TREWEEK, *GIS for Ecology: An Introduction*, Longman, Essex, 1999.

³⁰ HERNÁN L. FUENZALIDA-PUELMA y SUSAN SCHOLLE-CONNOR (eds.), *The Right to Health in the Americas: A Comparative Constitutional Study*, Pan American Health Organization, Washington, D.C., 1989.

³¹ JUAN LUIS LONDOÑO y JULIO FRENK, "Structured pluralism: towards an innovative model for health system reform in Latin America", *Health Policy*, vol. 41, N° 1, 1997, pp. 1-36.

den acarrear presiones por más y mejores servicios.³² Si esto es así, entonces las políticas de salud deben encaminarse a alcanzar dos objetivos principales: ser efectivas para la solución de problemas sociales y responder al control popular.³³

Para poder cumplir dichos objetivos, las políticas de salud deben sustentarse en la evidencia científica y tener como característica la legitimidad que le confiere una adecuada y ordenada participación pública en su integración,³⁴ permitiendo que la sociedad disfrute de políticas de salud, tanto razonadas como democráticas en el mejor de los sentidos.³⁵

La evidencia científica es el elemento esencial para esclarecer los problemas sociales, ya que le proporciona a quien decide herramientas de información y análisis de gran utilidad para su tarea; pero es casi imposible que la ciencia pueda por sí sola encontrar una solución correcta para los problemas sociales.³⁶

Por otra parte, existe la noción de que las personas que tienen el derecho de beneficiarse de determinados servicios que el Estado les otorga, directamente o a través de un tercero, tienen en contrapartida la obligación de participar en la toma de decisiones que afectan a la sociedad en su conjunto. Dicha noción se fundamenta en dos principios básicos: primero, que la participación pública es benéfica para una sociedad democrática y coadyuva a que la gente pueda cumplir con sus responsabilidades ciudadanas y, segundo, que la amplia gama de opiniones e intereses que prevalecen en la comunidad debe incorporarse al proceso de toma de decisiones.³⁷

³² JUAN LUIS LONDOÑO, *Social structuring towards the new century and the role of the State*, artículo preparado para el Technical Department for Latin America and the Caribbean, World Bank, Washington, D.C., 1995.

³³ CHARLES E. LINDBLOM, *The Policy-Making Process*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1980.

³⁴ PATRICIA M. MARCHAK, *Ideological Perspectives on Canada*, McGraw Hill Ryerson, Toronto, 1975.

³⁵ LINDBLOM, *supra* nota 33, p. 12.

³⁶ ANNE CRICHTON, *Health Policy Making: Fundamental Issues in the United States, Canada, Great Britain, Australia*, Health Administration Press, Ann Arbor, 1981.

³⁷ CAROL LUPTON, STEPHEN PECKHAM y PAT TAYLOR, *Managing Public Involvement in Healthcare Purchasing*, Open University Press, Buckingham, 1998.

Además, la participación pública permite a las personas influir en decisiones que, en última instancia, afectan su esfera individual.³⁸ Adicionalmente, se considera que

[...] los servicios para la gente en una sociedad democrática deben involucrar directamente a los ciudadanos [...] [ya que] [...] serán más efectivos si se adaptan [...] a las necesidades de los usuarios reales o potenciales [...].³⁹

La participación pública⁴⁰ es, por lo tanto, un elemento esencial para otorgar legitimidad y determinar la factibilidad⁴¹ de una política de salud, particularmente cuando ésta involucra un cambio en el *status quo*.⁴²

La expresión ideal de la participación pública es la democracia deliberativa, que permite a los ciudadanos entrar en contacto directo con las autoridades en el proceso de toma de decisiones para establecer políticas públicas.⁴³ Los esquemas de democracia deliberativa implican que representantes y representados discuten desde sus distintas perspectivas acerca de los problemas que aquejan a la sociedad, en la búsqueda de intereses comunes y soluciones que les sean mutuamente aceptables.⁴⁴

La democracia deliberativa se encarga de expandir las oportunidades de participación social, intentando que los ciudadanos sean capaces de apreciar la complejidad de los problemas prevaletentes y de reconocer los intereses legítimos de otros grupos que pueden serles contrarios, con el fin de generar una acción común guiada por decisiones legíti-

³⁸ *Ibid.*

³⁹ VICTOR GEORGE y PAUL WILDING, *Ideology and Social Welfare*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985, p. 143.

⁴⁰ Para un análisis profundo sobre la participación pública de los usuarios, véase PENÉLOPE MULLEN y PETER SPURGEON, *Priority Setting and the Public*, Radcliffe Medical Press, Oxon, 2000.

⁴¹ Es importante identificar la diferencia entre los conceptos de 'legitimidad' y 'factibilidad', para entender cómo se relacionan. 'Legitimidad' es, en términos sencillos, el apoyo que el público otorga a una decisión; 'factibilidad' es una cuestión de logística, de asegurar que se cuente con los recursos, estructuras y procesos necesarios. Si no se tiene legitimidad, una decisión teóricamente identificada como 'factible' puede no serlo en la práctica. La legitimidad se concibe como un asunto de carácter político, mientras que la factibilidad es una cuestión administrativa. Véase CRICHTON, *supra* nota 36.

⁴² CRICHTON, *supra* nota 36.

⁴³ ANN RICHARDSON, *Participation*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1983.

⁴⁴ SIRIANNI y FRIEDLAND, *supra* nota 7.

mas.⁴⁵ Cabe destacar que los esquemas de democracia deliberativa no sustituyen los de la democracia representativa; por el contrario, unos complementan a los otros, para dar lugar a una democracia integrada.⁴⁶

Las políticas de salud son normalmente el producto de la interrelación de muy diversos factores que incluyen, tanto aspectos directamente vinculados con el sistema sanitario como cuestiones de carácter político o social que inciden sobre éste; lo que provoca que las autoridades sean el blanco de presiones provenientes de distintas direcciones que pretenden influir la decisión que finalmente se adopte.⁴⁷

En un esquema ideal de democracia deliberativa, le correspondería a la autoridad incorporar al proceso de toma de decisiones o de definición de políticas una amplia variedad de actores, así como elementos documentales que contengan todo tipo de evidencia, particularmente científica y jurídica. Dado que dichos actores pueden tener intereses y valores en conflicto, además de que algunos tienen una mayor habilidad para defender la evidencia o sus opiniones que otros,⁴⁸ en esquemas como el propuesto, las autoridades tienen la ardua tarea de intentar encontrar el equilibrio entre las distintas opiniones e identificar en el desacuerdo la posibilidad de encontrar intereses comunes para construir el apoyo generalizado a una determinada política.⁴⁹

Es importante señalar que la democracia deliberativa no debe identificarse como un absoluto control popular en la toma de decisiones, que podría dar lugar a una 'tiranía de la mayoría'. De hecho, para evitar perversiones como la descrita, los esquemas de democracia deliberativa deben reunir cinco características esenciales: ser justos, representativos, inclusivos,⁵⁰ sistemáticos y transparentes, permitiendo que las autoridades logren un equilibrio en la presencia y participa-

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ JOHN STEWART, ELIZABETH KENDALL y ANNA COOTE, *Citizen's Juries*, Institute for Public Policy Research, Londres, 1994.

⁴⁷ BARKER, *supra* nota 1.

⁴⁸ ALBERT O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, 1970.

⁴⁹ ERIC NORDLINGER, *Conflict Regulation in Divided Societies*, Harvard University Center for International Affairs, Cambridge, Mass., 1972.

⁵⁰ MARIAN BARNES, *Building a Deliberative Democracy: An Evaluation of Two Citizen's Juries*, Institute for Public Policy Research, Londres, 1999.

ción de las distintas influencias que se ejercen sobre ellas. La mejor salvaguarda de esas características se consigue cuando se les otorga permanencia a dichos esquemas,⁵¹ idealmente a través de su inclusión en el marco jurídico.

Entre las influencias a considerar en el campo de la definición de las políticas de salud se destaca la ley, entendida en su expresión más amplia (i.e. leyes, reglamentos, acuerdos, decretos y normas oficiales, *inter alia*), ya que juega un doble papel en sistemas jurídicos como el mexicano. Primero, se incluye como una de las influencias que interactúan en el proceso de toma de decisiones, ya que, de acuerdo con el principio de legalidad, las políticas que emanen de ese procedimiento deben ser congruentes y consistentes con el marco jurídico. Segundo, la ley aparece rodeando al procedimiento de toma de decisiones, como el ambiente en el que éste se desarrolla, ya que son precisamente las disposiciones jurídicas las que determinan la manera como el Gobierno opera, así como la forma en la que las distintas influencias se involucran en dicho procedimiento.⁵²

En resumen, el marco jurídico permite otorgar permanencia a los elementos esenciales para el establecimiento de políticas en salud (e.g. el procedimiento mismo para la toma de decisiones), a la vez que es una herramienta indispensable para modificar dichas políticas.⁵³

C. MÉXICO

1. La integración de políticas públicas

La Constitución Política define al Estado mexicano como una república representativa y democrática.⁵⁴ Atendiendo a esas características, la ciudadanía debería expresarse exclusiva

⁵¹ HEALTH COMMITTEE, *supra* nota 28.

⁵² MARÍA DE LOURDES ALEJANDRA MOTTA-MURGUÍA, *Health Policy Making in Mexico: the Case of Emergency Contraception*, University of Birmingham, Health Services Management Centre, Birmingham, 2000 [en adelante *Health Policy Making in Mexico*].

⁵³ Carlos Salinas de Gortari, citado por RUBÉN VALDEZ ABASCAL y JOSÉ ELÍAS ROMERO APIS (eds.), *La modernización del Derecho mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

⁵⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, vigente desde el 5 de febrero, 1917; última reforma el 27 de septiembre, 2004.

o primordialmente a través de las elecciones.⁵⁵ Sin embargo, desde hace al menos una década se ha reconocido que entender la democracia únicamente en su vertiente representativa equivale a asumir que el pueblo es pasivo, incompetente para participar en los procesos de toma de decisiones y reticente a involucrarse en la solución de los problemas que le aquejan.

En virtud de lo anterior, se han incorporado esquemas deliberativos para la integración de políticas públicas, que enfatizan en la importancia de considerar las opiniones de quienes pueden resultar afectados por éstas.

México, además de ser una democracia, es también un Estado de Derecho: los órganos del Estado se deben regir por lo que dispone la ley —en su sentido más amplio— y deben vigilar que se aplique.

La democracia es, pues, la voluntad del pueblo, mientras que la ley es la manera como esa voluntad puede ejercerse, por lo que debe reflejarla fielmente.⁵⁶ Consciente de ello, la ley mexicana establece estructuras y procedimientos de democracia deliberativa, que permiten considerar las necesidades y demandas del público.

Hay dos casos para los cuales el marco jurídico de México prevé la aplicación de esquemas deliberativos: el primero aplica para la expedición de disposiciones jurídicas de carácter general por parte de los órganos de la Administración Pública Federal (e.g. Presidente de la República, Secretarios de Estado, *inter alia*), y el segundo se refiere a la integración del Plan Nacional de Desarrollo y los programas específicos que emanan de éste.⁵⁷ Para efectos del presente trabajo nos concentraremos en el primer caso.

La regla general establece que cuando las dependencias y los organismos de la Administración Pública Federal elaboren anteproyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y normas, entre otros, deben remitirlos a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER),⁵⁸ junto con su

⁵⁵ STEWART *et al.*, *supra* nota 46.

⁵⁶ RUBÉN VALDEZ ABASCAL, *La modernización jurídica nacional dentro del liberalismo social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

⁵⁷ MARÍA DE LOURDES ALEJANDRA MOTTA-MURGUÍA, “Apuntes para los alumnos de Derecho Administrativo I”, 1998 (sin publicar).

⁵⁸ La COFEMER es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía,

Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), para dictamen, cuando menos treinta días hábiles antes de la fecha en que se pretenda emitir el acto o someterlo a la consideración del Presidente de la República, según corresponda. Contar con un dictamen final respecto al anteproyecto y la MIR es requisito indispensable para publicar la disposición jurídica, siendo las únicas excepciones los instrumentos de emergencia y aquellos que no conllevan un costo de cumplimiento a los particulares, en cuyo caso puede solicitarse la exención correspondiente.⁵⁹

Una vez que recibe los anteproyectos y sus MIR, COFEMER los hace públicos,⁶⁰ con el fin de que los interesados puedan señalar lo que a su derecho convenga. El dictamen de COFEMER debe tomar en consideración las opiniones recibidas.⁶¹ El plazo durante el cual los anteproyectos están disponibles es normalmente de 20 días hábiles, en atención a la obligación de transparencia establecida por la ley, en el sentido de que las dependencias y entidades deberán hacerlos públicos con esa anticipación a su expedición, directamente, a través de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la COFEMER.⁶²

cuyo fundamento se encuentra en el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Su mandato es garantizar la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas logren beneficios mayores que sus costos para la sociedad. Sus principales funciones son: evaluar el marco regulatorio federal; diagnosticar su aplicación; y elaborar proyectos de disposiciones legislativas y administrativas y programas para mejorar la regulación en actividades o sectores económicos específicos. Véase <<http://www.cofemer.gob.mx>>.

⁵⁹ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1996.

⁶⁰ Hay dos casos de excepciones en los que se exime de dar publicidad a los anteproyectos y sus respectivas MIR: que a solicitud de la dependencia u organismo descentralizado responsable del anteproyecto correspondiente, la Comisión determine que dicha publicidad pudiera comprometer los efectos que se pretendan lograr con la disposición, en cuyo caso la Comisión hará pública la información respectiva una vez se publique la disposición en el Diario Oficial de la Federación o lo determine la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, previa opinión de la COFEMER. Véase *ibid.*, art. 69-K.

⁶¹ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, *supra* nota 59.

⁶² Se excluyen de esta obligación de transparencia los anteproyectos con cuya difusión, a juicio de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la COFEMER, pudieran comprometerse los efectos que se pretendan lograr con la disposición y aquellos en que se trate de situaciones de emergencia. Véase Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 2002, art. 10.

COFEMER cuenta, además, con un Consejo Federal de Mejora Regulatoria, que es un órgano de consulta, integrado por representantes del Poder Ejecutivo Federal, así como por líderes de los sectores empresarial, académico y agropecuario y un representante de los gobiernos estatales. La función de ese Consejo es fungir como enlace entre COFEMER y los diversos sectores, a la vez que servir como un foro en el cual discutir la estrategia de mejora regulatoria, considerando el entorno económico y social de México.⁶³

Para el caso de las normas oficiales mexicanas, además de ser aplicable la regla general de difusión pública para recabar opiniones de los interesados a través de COFEMER, la ley contempla un procedimiento de elaboración con marcadas características de un esquema de democracia deliberativa y en el que se identifican varios momentos para la interacción directa entre la sociedad y las autoridades.⁶⁴ Este procedimiento se comentará en detalle más adelante.

2. El principio de legalidad

El principio de legalidad en el marco jurídico mexicano se caracteriza de la siguiente manera: en el sentido formal, establece que los órganos del Estado mexicano, en sus distintas actividades, deben ser congruentes y consistentes con los preceptos del marco jurídico.⁶⁵ En el sentido material, el principio de legalidad implica que los órganos del Estado únicamente pueden actuar en aquellos casos en los que el marco jurídico les ha facultado expresamente para ello;⁶⁶ es decir que a las autoridades les está prohibido realizar todo aquello que no les ha sido específicamente permitido. Para los gobernados el principio aplica *a contrario sensu*, ya que les está permitido todo aquello que no se les ha prohibido específicamente; esto, sin perjuicio de que observen lo que prescribe el marco jurídico en los temas para los cuales se ha establecido regulación.⁶⁷

⁶³ Ley Federal de Procedimiento Administrativo, *supra* nota 59.

⁶⁴ Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1992.

⁶⁵ GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.

⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia 1917-1975*, Suprema Corte de Justicia, México, 1976, tesis 46.

⁶⁷ MOTTA-MURGUÍA, *supra* nota 57.

En virtud de lo antes expuesto, mientras que el marco jurídico establece con precisión lo que le está permitido hacer al sector público, se limita a regular, a través del establecimiento de límites y lineamientos, las actividades de los sectores social y privado.

La regulación conlleva, tanto costos como beneficios potenciales, los cuales es necesario calcular para determinar si realmente los segundos exceden a los primeros y hacen deseable la emisión de una disposición determinada. La participación de los posibles afectados puede facilitar dicho análisis, lo que aporta otra justificación más para la adopción de esquemas de democracia deliberativa.⁶⁸

3. Las Normas Oficiales Mexicanas

Las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) son instrumentos jurídicos de carácter vinculante, así como de aplicación y observancia general, cuyo propósito es regular las especificaciones técnicas de los productos y servicios.⁶⁹ Dentro de la jerarquía normativa las NOM son de nivel inferior a las leyes y los reglamentos, de los cuales deben derivarse y a los que no pueden contradecir.⁷⁰

La Ley Federal sobre Metrología y Normalización (LFSMN) señala los objetivos que deben cumplir las NOM; entre ellos, resultan aplicables a la salud los siguientes:⁷¹ establecer las características y especificaciones de los procesos, productos y servicios que pueden representar un riesgo para la seguridad de los individuos (*sic*) o pueden dañar la salud humana, y establecer las características, especificaciones, criterios o

⁶⁸ DAVID MECHANIC, "Some Dilemmas in Health Care Policy", *Milbank Memorial Fund Quarterly: Health and Society*, vol. 59, N° 1, 1981, pp. 1-15.

⁶⁹ De acuerdo con el artículo tercero fracción XI de la Ley sobre Metrología y Normalización, se entiende por Norma Oficial Mexicana la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades señaladas por el artículo 40 de la propia Ley y que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a la terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.

⁷⁰ MOTTA-MURGUÍA, *supra* nota 57.

⁷¹ Ley Federal sobre Metrología y Normalización, *supra* nota 64.

procedimientos que permitan proteger o promover la salud de las personas.

La máxima autoridad en el ámbito de las NOM es la Comisión Nacional de Normalización, instancia integrada por representantes de los sectores privado, social y público, así como de la academia, la cual está encargada de la coordinación de las actividades que en la materia correspondan a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.⁷²

La expedición de las NOM corresponde a los Comités Consultivos Nacionales de Normalización, órganos colegiados que se establecen por materia de competencia y en los cuales deben obligadamente participar representantes de los sectores público, privado y social. De acuerdo con la LFSMN, corresponde a una autoridad⁷³ de la Secretaría u órgano administrativo competente en el tema presidir y coordinar el Comité, en cuya integración debe incluirse personal técnico de las propias dependencias, así como representantes de los prestadores de servicios, productores, centros de investigación científica o tecnológica, colegios de profesionales y consumidores o usuarios de los servicios, *inter alia*,⁷⁴ asegurando siempre la participación equilibrada de los sectores involucrados.⁷⁵

En el interior de cada comité pueden crearse subcomités a cargo de materias específicas, en los que debe cuidarse que se mantengan los criterios de representatividad y equilibrio entre sus miembros. A su vez, dentro de los subcomités pueden instalarse grupos de trabajo a los que se encomienden tareas particulares.⁷⁶

Los subcomités y grupos de trabajo se encargan de elaborar o analizar los anteproyectos, proyectos y demás documentos que el pleno de los comités les encargue. El trabajo de dichos órganos también estará sujeto a la revisión y aproba-

⁷² *Ibid.*

⁷³ El funcionario debe tener, en todo caso, nivel de Subsecretario.

⁷⁴ Ley Federal sobre Metrología y Normalización, *supra* nota 64.

⁷⁵ COMISIÓN NACIONAL DE NORMALIZACIÓN, *Lineamientos para la organización de los Comités Consultivos Nacionales de Normalización*, <http://www.economia.gob.mx/work/normas/Normalizacion/Ccnn/Lin_CCNN.pdf>, visitada el 16 de marzo, 2005.

⁷⁶ *Ibid.*

ción del pleno. Tanto los comités, como subcomités y grupos de trabajo deben favorecer, en la medida de lo posible, la toma de decisiones por consenso y acudir a la votación sólo en casos extremos.⁷⁷

Las características e integración de los órganos encargados de elaborar y aprobar las NOM constituyen un modelo ideal de interacción entre las autoridades encargadas de la toma de decisiones y los actores que influyen sobre éstas.

En el caso específico de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal de México, actualmente existen dos comités consultivos nacionales de normalización:⁷⁸ el de Regulación y Fomento Sanitario y el de Prevención y Control de Enfermedades. Este último es el que se vincula con el tema materia de este trabajo.

Las autoridades centrales del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control son el Presidente, el Coordinador y el Secretario Técnico; cuenta además con tres subcomités: el de Vigilancia Epidemiológica, el de Promoción de la Salud y el de Salud Reproductiva. En el pleno del comité participan representantes de las distintas posturas que prevalecen en los subcomités, con el fin de mantener el equilibrio en la discusión de los temas a su cargo.

Por lo que respecta al procedimiento de emisión de las NOM, de manera resumida puede señalarse que las dependencias de la Administración Pública Federal, a través de los subcomités o grupos de trabajo, ya sea por iniciativa propia o de una persona interesada, elaboran los anteproyectos de NOM y los someten a la consideración del pleno del comité, acompañados de su MIR.⁷⁹

A partir de los anteproyectos que son aprobados en el pleno, los comités integran el proyecto de NOM, el cual se publica íntegramente en el Diario Oficial de la Federación (DOF) para que dentro de los siguientes 60 días naturales los interesados remitan sus comentarios. Una vez concluido el citado plazo, se procede a analizar los comentarios recibidos, para desecharlos, aceptarlos o aceptarlos parcialmente; se cuen-

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Al momento de terminar este trabajo está en proceso la creación de un tercer comité que se encargará, entre otros temas, de aspectos de calidad y desarrollo tecnológico.

⁷⁹ Ley Federal sobre Metrología y Normalización, *supra* nota 64.

ta con un plazo máximo de 45 días naturales para ajustar el proyecto en consecuencia e integrar la versión definitiva de la NOM.⁸⁰

No hay criterios preestablecidos para aceptar o rechazar los comentarios recibidos; sin embargo, la experiencia indica que la decisión se toma considerando la evidencia científica disponible y el marco jurídico aplicable.

Las respuestas a los comentarios recibidos se publican en el DOF, con por lo menos 15 días naturales de anticipación a la fecha en que vaya a emitirse la NOM en su versión definitiva, misma que, previa aprobación del pleno del comité, se publica también en el DOF.⁸¹ Una vez que la NOM entra en vigor, es de aplicación y observancia general en todo el territorio nacional, y su incumplimiento es sancionable.

Existe una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las NOM y se refiere a situaciones inesperadas que representan una amenaza u ocasionan una afectación. En esos casos pueden expedirse NOM de Emergencia, que se publican sin haber sido sometidas a consulta pública y tienen una vigencia máxima de 6 meses, prorrogables por un periodo igual.⁸²

A partir de una reforma instrumentada en 1997, la LFSMN establece que las NOM deben ser revisadas cada cinco años, contados a partir de su entrada en vigor, para determinar si deben mantenerse vigentes, modificarse o cancelarse. El resultado de la revisión debe notificarse a la Comisión Nacional de Normalización dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha en que concluyó el periodo quinquenal respectivo. En caso de que no se haga la notificación oportunamente, debe publicarse en el DOF un aviso sobre la cancelación de la NOM que corresponda. Sin perjuicio de lo anterior, los comités pueden analizar en cualquier momento las NOM y, de encontrar razones para ello, proceder a su modificación o cancelación.⁸³

Las modificaciones de las NOM deben observar, por regla general, el mismo procedimiento que la LFSMN señala para

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

su elaboración (i.e. proyecto, consulta pública, respuesta a comentarios, publicación de NOM definitiva); sin embargo, la propia ley establece un caso de excepción en el cual se puede modificar una NOM sin seguir el procedimiento para su elaboración.⁸⁴

Los supuestos que deben materializarse para poder instrumentar el procedimiento de excepción son los siguientes:⁸⁵ que no subsistan las causas que motivaron la expedición de la NOM y que con la modificación de la NOM no se creen nuevos requisitos o procedimientos, ni se incorporen especificaciones más estrictas que las que previamente contemplaba la propia NOM.

La Ley General de Salud, así como los diversos reglamentos que de ella emanan, señala expresamente aquellos casos en que se deben elaborar NOM para especificar o detallar la regulación de un tema particular, incluyendo *inter alia*, los servicios de planificación familiar.⁸⁶

En la práctica, las NOM han probado ser un instrumento muy útil para regular la prestación de los servicios de salud, ya que su procedimiento de expedición es más breve (i.e. se lleva aproximadamente 150 días) que el de una ley o reglamento, lo que les otorga la agilidad necesaria para adaptarse a los avances científicos o tecnológicos que se presentan en la materia.⁸⁷

Además, al tratarse de un esquema deliberativo, permite abordar la salud como un bien multicausal y acercar las opiniones de todos los actores involucrados, buscando definir adecuadamente los servicios.⁸⁸ Las NOM constituyen, pues, una herramienta útil en el proceso para reconocer que los sistemas de salud en la actualidad se enfrentan, más que a enfermedades en su concepto tradicional, a problemas sociales en cuya solución se requiere la participación de la comunidad.⁸⁹

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1997.

⁸⁷ MARÍA DE LOURDES ALEJANDRA MOTTA-MURGUÍA, "Las Normas Oficiales Mexicanas y su relación con la salud", Conferencia dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México el 19 de febrero, 1998 (sin publicar).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ JOHN MCKNIGHT, *Politicizing Health Care*, <http://www.cpn.org/topics/health/politicizing.html>, visitada el 16 de marzo, 2005.

4. Anticoncepción de emergencia

La anticoncepción de emergencia mediante pastillas (AE),⁹⁰ consiste en la administración de compuestos hormonales sintéticos en dosis concentradas (i.e. la dosis total equivale a cuatro u ocho comprimidos) y en tiempos cortos (i.e. dos tomas con un intervalo de 12 horas entre una y otra), dentro de un máximo de 120 horas después del coito, en aquellos casos en que no se utilizó ningún método de planificación familiar, ha habido falla anticonceptiva o violación, con la finalidad de evitar un embarazo no planeado o no deseado.⁹¹

Existen dos métodos comunes de AE: por un lado el método Yuzpe⁹² que consiste en una combinación de las pastillas orales que se utilizan rutinariamente para planificación familiar (i.e. Etinil-Estradiol combinado con Norgestrel o Levo-Norgestrel)⁹³ y, por el otro, pastillas que contienen únicamente Levo-Norgestrel (i.e. de progestina sola),⁹⁴ las cuales se elaboran como producto dedicado para la AE.

La AE es un método seguro y efectivo que puede prevenir entre 6 y 7 embarazos de cada 8 que se darían si no se usara protección,⁹⁵ es decir, la AE tiene una efectividad de entre el 75 y el 85%. Cuanto más pronto se tome la primera dosis después del coito, más elevadas serán las posibilidades de que se prevenga el embarazo.⁹⁶

⁹⁰ El Dispositivo Intrauterino (DIU) puede utilizarse como AE cuando se inserta dentro de los siete días posteriores al coito sin protección; sin embargo, no se abordó en el presente trabajo ya que, a diferencia de los esquemas que usan pastillas, no fue incluido en la NOMSPF, dado que existen evidencias sobre su potencial efecto abortivo. Para mayor información sobre los usos de este método, puede consultarse la página de internet del International Planned Parenthood Federation of America, en <<http://www.plannedparenthood.org/espanol/spanishec.html>>. La ventaja que tiene el DIU es que puede permanecer dentro del útero como un método anticonceptivo regular.

⁹¹ SCHIAVON, *supra* nota 18.

⁹² A. A. YUZPE, H. J. THURLOW, I. RAMZY y J. I. LEYSHON, "Post-coital contraception: A pilot study", *Journal of Reproductive Medicine*, vol. 13, 1974, pp. 53-58.

⁹³ PAUL VAN LOOK y FELICIA STEWART, "Emergency Contraception", en *Contraceptive Technology*, ROBERT A. HATCHER, JAMES TRUSSELL y FELICIA STEWART (eds.), Ardent Media, Nueva York, 1998, pp. 277-295.

⁹⁴ MARTA DURAND *et al.*, "On the mechanisms of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception", *Contraception*, vol. 64, N° 4, 2001, pp. 227-34.

⁹⁵ SCHIAVON, *supra* nota 18.

⁹⁶ JAMES TRUSSELL, GERMÁN RODRÍGUEZ y CHARLOTTE ELLERSTON, "Updated estimates of the effectiveness of the Yuzpe regimen of emergency contraception", *Contraception*, vol. 59, 1999, pp. 147-151.

De acuerdo con la evidencia científica más reciente, los dos mecanismos de acción de la AE son esencialmente iguales a los de los anticonceptivos hormonales rutinarios:⁹⁷ primero, puede actuar sobre el eje hipotálamo-hipófisis-ovárico, alterando la función de maduración y liberación del óvulo y la función esteroidogénica (i.e. de síntesis hormonal). La maduración y liberación de un óvulo por parte de un folículo, a lo largo de cada ciclo menstrual, es un mecanismo muy complejo que se regula finamente a través de sistemas de ‘comunicación’ hormonal y retroalimentación entre el cerebro (i.e. hipotálamo e hipófisis) y el ovario. La administración ‘externa’ de hormonas similares a aquellas producidas por el ovario (e.g. Etinil-Estradiol y progestinas sintéticas) ‘engaña’ al cerebro, impidiendo que libere sus hormonas estimuladoras durante este ciclo madurativo. La administración brusca de una dosis alta de hormonas mediante la AE ha demostrado que actúa en cada uno de los aspectos siguientes del proceso ovulatorio, dependiendo del momento del ciclo en que se administre:⁹⁸ impidiendo la maduración progresiva del folículo; previniendo su ruptura (ovulación); o liberando un óvulo inmaduro, con una función residual insuficiente (defectos del cuerpo lúteo).

Segundo, puede actuar sobre los mecanismos de transporte y capacitación de los espermatozoides. La migración de los espermatozoides dentro del cuerpo femenino se realiza en dos fases. La primera ocurre minutos después de la inseminación cuando, como consecuencia de las contracciones del tracto genital, los espermatozoides alcanzan las Trompas de Falopio. En la segunda fase, que tiene una duración de

⁹⁷ Véase DURAND *et al.*, *supra* nota 94; LENA MARIONS *et al.*, “Emergency contraception with mifepristone and levonorgestrel: mechanism of action”, *Obstetrics & Gynecology*, vol. 100, N° 1, 2002, pp. 65-71; H. CROXATTO, M. ORTIZ y A. MULLER, “Mechanisms of action of emergency contraception”, *Steroids*, vol. 68, 2003, pp. 1095-1098; HORACIO CROXATTO *et al.*, “Mechanism of action of hormonal preparations used for emergency contraception: a review of the literature”, *Contraception*, vol. 63, 2001, pp. 111-121; RONALD P. HAMEL y MICHAEL R. PANICOLA, “Emergency contraception and sexual assault”, *Health progress*, septiembre-octubre de 2002; ANNA GLASIER, “Emergency postcoital contraception”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 337, N° 15, 1997, pp. 1058-1064; ANNA GLASIER, “Emergency Contraception”, *British Medical Bulletin*, vol. 56, N° 3, 2000, pp. 729-738.

⁹⁸ CROXATTO *et al.*, “Mechanisms of action of emergency contraception”, *supra* nota 97.

hasta seis días, los espermatozoides que se han almacenado en las criptas de las glándulas cervicales se mueven en cohortes sucesivos hacia las Trompas de Falopio; los espermatozoides de la segunda fase son los únicos ‘capacitados’ para fertilizar. La administración de la AE altera la composición bioquímica y el PH del medio ambiente en el que se encuentra el espermatozoide, lo que afecta su movilidad y maduración, impidiendo que pueda unirse con el óvulo.

Desde que se desarrolló el método de Yuzpe, en la década de los setenta, y hasta finales de los noventa, se publicaron diversos estudios que argumentaban erróneamente que la AE también podía actuar sobre los mecanismos de receptividad endometrial, impidiendo la implantación de un óvulo ya fertilizado.⁹⁹ Sin embargo, la evidencia era muy pobre e incapaz de demostrar la relación entre causa y efecto.

Estudios recientes han demostrado contundentemente que la AE no tiene efecto alguno sobre el endometrio en su fase proliferativa y secretora y, por lo tanto, no interfiere con la implantación, ni siquiera en aquellos casos en que se utiliza de manera post-ovulatoria. Adicionalmente, las pruebas clínicas demuestran que la AE es más efectiva en la medida en que se administre más tempranamente después del coito; si su acción se ejerciera sobre el endometrio y la implantación, la cercanía temporal con el coito no tendría ningún impacto sobre la efectividad.¹⁰⁰

⁹⁹ Véase, por ejemplo, VAN LOOK y STEWART, *supra* nota 93.

¹⁰⁰ Véase O. TASKIN, R.W. BROWN, D.C. YOUNG, A.N. POINDEXTER y R.D. WIEHLE, “High doses of oral contraceptives do not alter endometrial alpha 1 and alpha v beta 3 integrins in the late implantation window”, *Fertility and Sterility*, vol. 61, 1994, pp. 850-855; M.L. SWAHN, P. WESTLUND, E. JOHANNISON y M. BYGDEMAN, “Effects of post-coital contraceptive methods on the endometrium and the menstrual cycle”, *Acta Obstetricia Gynecologica Scandinavica*, vol. 75, 1996, pp. 738-744; ELIZABETH G. RAYMOND *et al.*, “Effect of the Yuzpe regimen of emergency contraception on markers of endometrial receptivity”, *Human Reproduction*, vol. 15, N° 1, 2000, pp. 2351-2355; MARTA DURAND, MA. DEL CARMEN CRAVIOTO, M. SEPPÄLA y FERNANDO LARREA, “Efectos de la administración aguda de levonorgestrel (LNG) sobre la expresión de marcadores específicos de receptividad uterina”. Datos presentados en el Congreso Anual de la Sociedad Mexicana de Nutrición y Endocrinología, Zacatecas, México, 2003; I. BEN-NUN *et al.*, “Effect of preovulatory progesterone administration on the endometrial maturation and implantation rate after in vitro fertilization and embryo transfer”, *Fertility and Sterility*, vol. 53, 1990, pp. 276-281; A. MULLER, C.M. LLADOS y H. CROXATTO, “Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat”, *Contraception*, vol. 67, 2003, pp. 415-419.

Por lo anterior, puede afirmarse que la AE no es un método abortivo, toda vez que sus efectos son previos a la etapa más temprana de la implantación¹⁰¹ e, inclusive, si la AE se administrara a una mujer embarazada no afectaría la evolución del producto, ya que carece de efectos teratogénicos.¹⁰²

La AE está indicada sólo para los casos de “emergencia”; su uso repetido o como primera elección anticonceptiva no es aconsejable, ya que si bien es capaz de evitar un embarazo, no es tan efectivo como otros métodos, no previene las infecciones de transmisión sexual y, usado de manera regular, puede ocasionar alteraciones hormonales en la mujer.¹⁰³

La manera tan sencilla en que el método puede utilizarse, así como su amplio récord de seguridad y eficacia, han llevado a concluir que la AE debería estar disponible sin prescripción médica,¹⁰⁴ facilitando así el acceso a todas las mujeres.

Un error que se comete con frecuencia es confundir a la AE con la pastilla RU-486. Esta última tiene la posibilidad de interrumpir un embarazo dentro de las primeras nueve semanas de gestación. Éste sí es un método abortivo; es ilegal en México y no está disponible ni considerada dentro de la Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar.¹⁰⁵

a. El caso de la anticoncepción de emergencia en México

Diagnóstico de la planificación familiar en México

Una adecuada planificación familiar permite alcanzar una vida sexual y reproductiva más sana y placentera, a través

¹⁰¹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA (FIGO), *Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO*, noviembre de 2003, p. 11, 1998, <http://www.figo.org/content/PDF/ethics-guidelines-text_2003.pdf>, visitada el 28 de abril, 2005.

¹⁰² SCHIAVON, *supra* nota 18.

¹⁰³ RAFAELA SCHIAVON, HIGINIO JIMÉNEZ-VILLANUEVA, CHARLOTTE ELLERTSON y ANA LANGER, “Anticoncepción de emergencia: un método simple, seguro, efectivo y económico para prevenir embarazos no deseados”, *Revista de Investigación Clínica*, vol. 42, 2000, pp. 168-176.

¹⁰⁴ THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, *Issues in Brief: Emergency Contraception: Improving Access*, <http://www.agi-usa.org/pubs/ib_3-03.html>, visitada el 4 de julio, 2004.

¹⁰⁵ MEXFAM, *Anticoncepción de emergencia*, <http://www.mexfam.org.mx/esp_anti_em_6.htm>, visitada el 7 de julio, 2004.

de su contribución en la prevención de embarazos no deseados y abortos, además de que coloca a las personas en mejores condiciones para definir sus proyectos de progreso individual y familiar.¹⁰⁶

Conforme con los resultados preliminares del Censo General de Población del año 2000, en la República Mexicana residen un total de 97.361.711 personas.¹⁰⁷ Las mujeres de entre 15 a 49 años, consideradas como población femenina en edad reproductiva, alcanzaron los 26 millones en el año 2000, representando el 52,2% del total de las mujeres del país.¹⁰⁸

Desde mediados de los sesenta, en México se ha presentado una constante disminución en los niveles de fecundidad, la cual puede interpretarse como un indicador positivo de los esquemas de salvaguarda del derecho a la libre decisión reproductiva.¹⁰⁹ En aquella época, cada mujer mexicana tenía en promedio 7,3 hijos. Posteriormente, los logros en materia de salud y educación y la mejoría de la condición social de la mujer, fueron factores determinantes para la reducción acelerada y constante de la fecundidad, alcanzando en el año 2003 una tasa global de 2,2 hijos por mujer.¹¹⁰

La caída en los niveles de fecundidad se ha presentado en todos los grupos etáreos; sin embargo, la velocidad con la que han disminuido entre las adolescentes es menor: tan sólo en el 2003, 316 mil nacimientos correspondieron a madres de entre 15 y 19 años de edad.¹¹¹

Además de reducirse las tasas de fecundidad, se ha postergado el nacimiento del primer hijo y se observa un mayor espaciamiento entre cada uno de ellos. En 1974, las mujeres tenían en promedio 19,8 años al momento de parir su primer hijo y entre dos partos consecutivos había un lapso de aproxi-

¹⁰⁶ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹⁰⁷ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 18 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Quintos Informes periódicos de los Estados Partes*, N.U. Doc. CEDAW/C/MEX/5 (2000), pár. 10.

¹⁰⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMACIÓN (INEGI), *Mujeres y hombres 2002*.

¹⁰⁹ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

madamente 4,1 años, mientras que para 1999 la edad promedio era de 23,6 años y el espaciamiento de 5,7. No obstante, el inicio de la maternidad continúa presentándose en las primeras etapas de la vida, ya que una de cada tres mujeres tiene su primer hijo antes de cumplir los 20 años de edad.¹¹²

Es de destacar también el incremento en la utilización de métodos anticonceptivos, ya que el porcentaje de las mujeres unidas o casadas en edad fértil que los usan se estimó en un 72,7% para el año 2003. Cabe precisar que el aumento en la utilización de métodos de planificación familiar no ha sido homogéneo para todo el país, ya que siguen existiendo grandes diferencias entre las distintas entidades federativas y entre las áreas rurales y urbanas.¹¹³

La edad promedio para el inicio de la vida sexual se calcula en 16 años, y sólo una de cada cinco mujeres utiliza algún método en su primera relación sexual.¹¹⁴ Esta situación puede explicarse por el hecho de que, si bien los adolescentes inician tempranamente su actividad sexual, apenas el 6,3% de los hombres y el 4% de las mujeres entre los 15-19 años aprueban tener relaciones sexuales prematrimoniales, lo que se traduce en el hecho de que no contemplen anticipadamente la utilización de protección anticonceptiva.¹¹⁵

En México el aborto no es considerado un método de planificación familiar; por el contrario —salvo escasas excepciones marcadas por la ley— tiene carácter delictivo. Se estima, sin embargo, que se practican alrededor de 533.100 abortos por año en toda la República Mexicana;¹¹⁶ de éstos, aproximadamente 106.620, se llevan a cabo en condiciones inseguras. Cabe resaltar que los cálculos indican que alrededor del 6% de las mujeres menores de 20 años ya ha experimentado un aborto¹¹⁷ y los abortos mal practicados constituyen

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ De acuerdo con el *Programa de Acción: salud reproductiva*, destacan los Estados de Guerrero, Chiapas, Oaxaca, Guanajuato y Puebla. SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Acción: salud reproductiva*, México, 2001, p. 21.

¹¹⁴ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹¹⁵ RAFAELA SCHIAVON, *Salud sexual y reproductiva del adolescente*, trabajo presentado en el Seminario del Colegio de México, octubre de 2003.

¹¹⁶ THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, *Panorama general del aborto clandestino en América Latina*, 1996, traducción al español en mayo de 2001, p. 2, <<http://www.agi-usa.org/pubs/ib12sp.pdf>>, visitada el 12 de julio, 2004.

¹¹⁷ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

la cuarta causa de mortalidad materna, específicamente en ese grupo de edad,¹¹⁸ lo que convierte esa práctica en un problema de salud pública y de justicia social de la mayor relevancia.¹¹⁹

El aborto es el resultado de embarazos no planeados y no deseados, por lo que es fundamental encaminar los esfuerzos a su prevención, mediante la instrumentación de acciones que amplíen la cobertura y la calidad de los servicios de planificación familiar.¹²⁰

En ese sentido, el diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México completado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el país, señaló que se debía propiciar el debate sobre el aborto como un problema de salud pública y no como un problema ideológico, con el propósito de avanzar en la eliminación de abortos clandestinos y disminuir la mortalidad materna debido a esta causa. Asimismo, destacó la importancia de

[...] legislar en torno a la difusión, disponibilidad y accesibilidad de los métodos anticonceptivos, el uso del condón y la anticoncepción de emergencia.¹²¹

b. Marco de la política pública de planificación familiar en México

Disposiciones jurídicas

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹²² dedica los primeros 29 artículos a las denominadas ‘garantías individuales’. El primero de estos artículos establece que “todo individuo (sic) gozará de las garantías que otorga esta Constitución”, señalando el principio de igualdad. Ese mismo artículo contempla el principio de no-discriminación.

¹¹⁸ Véase INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, *Estadísticas vitales*, México, 2000. Datos tomados del artículo de VICENTE DÍAZ-SÁNCHEZ, “El embarazo de las adolescentes en México”, *Gaceta Médica de México*, vol. 139, suplemento N° 1, 2003.

¹¹⁹ THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, *Clandestine Abortion: A Latin America Reality*, Nueva York, 1994.

¹²⁰ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹²¹ Véase *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, p. 146, <www.cinu.org.mx>, visitada el 10 de julio, 2004.

¹²² La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el 1 de mayo de ese mismo año.

Las políticas de salud reproductiva, y particularmente las de planificación familiar, deben guiarse por el principio establecido en la Constitución Política que, en su artículo cuarto, señala que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (sic)”.¹²³

Consecuentemente, las decisiones que las personas adopten no pueden ni deben ser condicionadas, bajo ninguna circunstancia, por acciones gubernamentales; por el contrario, las políticas de planificación familiar deben ser absolutamente respetuosas de la libertad de decisión y la dignidad de los individuos.¹²⁴

El artículo cuarto constitucional también determina que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, por lo que se estima que al incluir ambas garantías en el mismo artículo, la Constitución reconoce que la planificación familiar es, en sí misma, un componente de los servicios de salud que reviste particular importancia.¹²⁵

Para poder hacer efectivo el derecho a la libre decisión reproductiva, corresponde al Estado proporcionar a las personas servicios de salud, educación y, en general, cualquier otro medio que pueda servir de apoyo para decidir de acuerdo con sus creencias, necesidades e intereses.¹²⁶

La Ley General de Salud (LGS), reglamentaria del artículo cuarto constitucional, establece que la planificación familiar es un servicio de salud prioritario y señala como obligación para los proveedores de dichos servicios proporcionar a los usuarios o potenciales usuarios información correcta¹²⁷ sobre la conveniencia de evitar los embarazos en edades muy tempranas o muy tardías de la vida, así como respecto a la importancia de planear el número de nacimientos.¹²⁸

¹²³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1999, art. 4.

¹²⁴ MARÍA DE LOURDES ALEJANDRA MOTTA-MURGUÍA, “Aspectos legales de la anticoncepción en edades puberales”, en *Fisiopatología de la pubertad y embarazo/Anticoncepción en adolescentes*, RAÚL CALZADA LEÓN y LUIS M. DORANTES ÁLVAREZ (eds.), Serono, México, 1997.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ De acuerdo con el artículo 67 de la Ley General de Salud, las características que la información debe reunir para considerarse correcta son: 1) ser oportuna; 2) ser efectiva; 3) ser completa; 4) ser amable; y 5) ser repetitiva.

¹²⁸ Ley General de Salud, *supra* nota 86.

Los servicios de planificación familiar no se limitan a la anticoncepción; comprenden además todos aquellos otros factores o elementos que pueden contribuir a que las personas disfruten de una vida sexual saludable, satisfactoria y sin riesgos.¹²⁹ En ese sentido, los prestadores de servicios de salud —públicos, privados y sociales— están obligados por ley a proporcionar, de manera gratuita, servicios de planificación familiar que deben incluir, *inter alia*, información, orientación y consejería, los cuales deben ajustarse a lo que señalan las NOM en la materia.¹³⁰

Tomando en consideración lo anterior, puede concluirse que el marco legal establece tres distintas obligaciones (i.e. una negativa y dos positivas)¹³¹ a cargo del Estado mexicano en materia de planificación familiar:¹³² una obligación negativa, que consiste en abstenerse de determinar directa o indirectamente el número de hijos que cada persona puede o debe tener; una primera obligación positiva, que consiste en proporcionar a las personas la información necesaria para que puedan decidir, si así lo desean, cómo regular su fertilidad y, cuando así lo hayan decidido, promover cuanto sea conducente para que puedan elegir el método identificado como la mejor alternativa terapéutica, entendida ésta como aquélla que les brinde una mayor seguridad anticonceptiva y una mejor calidad de vida. Una segunda obligación positiva, que consiste en proporcionar a las personas servicios de planificación familiar integrales, que incluyan métodos anticonceptivos seguros, efectivos y legales.¹³³

¹²⁹ MOTTA-MURGUÍA, “Aspectos legales de la anticoncepción en edades puberales”, *supra* nota 125.

¹³⁰ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 1986.

¹³¹ La distinción entre obligaciones negativas y positivas del Estado refleja la distinción entre los derechos negativos y positivos de las personas. Una obligación negativa del Estado es la obligación de no intervenir en el ejercicio de los derechos individuales. Esta obligación negativa se incumple cuando el Estado, a través de sus órganos, interviene u obstruye el ejercicio de un derecho individual determinado. Por otra parte, una obligación positiva del Estado implica que éste debe proporcionar los medios para que los individuos puedan ejercitar un derecho individual. Véase REBECCA COOK, *Women's Health and Human Rights*, World Health Organization, Ginebra, 1994.

¹³² MOTTA-MURGUÍA, “Aspectos legales de la anticoncepción en edades puberales”, *supra* nota 125.

¹³³ *Ibid.*

En consecuencia, el derecho a la libre decisión reproductiva se violenta ante la ausencia de todos o alguno de los servicios, la falta de información sobre las distintas opciones anticonceptivas o la carencia de tecnología actual y efectiva.¹³⁴

Los límites a la libre decisión reproductiva son señalados por la legislación penal. Los códigos penales federal y estatales establecen que el aborto es considerado un delito, salvo en aquellos casos que la propia ley define como excepción,¹³⁵ por lo que no deben utilizarse dentro de los servicios de planificación familiar aquellos métodos anticonceptivos cuyos mecanismos de acción sean abortivos.¹³⁶

El Código Penal Federal señala que el aborto es “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”.¹³⁷ Sin embargo, ningún instrumento jurídico de jerarquía de ley define los términos ‘producto de la concepción’ y ‘preñez’.¹³⁸ En virtud de lo anterior, se hace necesario acudir a la ciencia médica, en la que el embarazo se describe como el periodo comprendido entre la concepción (i.e. implantación del blastocisto en la cavidad uterina) y la expulsión del feto.¹³⁹ A partir de esa descripción, se concluye que los métodos anticonceptivos legales en México son aquellos que actúan antes de que inicie el embarazo y no pueden interrumpirlo una vez que éste ha comenzado.¹⁴⁰

¹³⁴ COOK, *supra* nota 132.

¹³⁵ El Código Penal Federal señala como no punibles aquellos casos en que, de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, aquél causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. Véase Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de agosto, 1931; última reforma el 26 de mayo, 2004, arts. 333, 334.

¹³⁶ MOTTA-MURGUÍA, “Aspectos legales de la anticoncepción en edades puberales”, *supra* nota 125.

¹³⁷ Código Penal Federal, *supra* nota 136, art. 329.

¹³⁸ Si bien no hay una definición de embarazo en ordenamientos con nivel de ley, existe una en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, cuyo sustento técnico es erróneo y equipara a la fertilización con la concepción y la señala como el inicio del embarazo. Las implicaciones de esta definición en la incorporación de la AE en el catálogo de servicios de planificación familiar de México se abordan más adelante en este trabajo.

¹³⁹ ACOG, *Obstetric-Gynaecology Terminology*, F. A. Davis Company, Filadelfia, 1983.

¹⁴⁰ MOTTA-MURGUÍA, *supra* nota 125.

En congruencia, la Secretaría de Salud, a través del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, emitió en 1994 la Norma Oficial Mexicana, NOM 005-SSA2-1993, *De los Servicios de Planificación Familiar* (NOMSPF), la cual fue modificada en 2004 e incluye los métodos anticonceptivos que cumplen con los criterios para ser considerados legal y médicamente aceptables. Dicha norma se expidió con el objetivo de dar uniformidad a los principios, criterios de operación, políticas y estrategias para la prestación de los servicios de planificación familiar en México.¹⁴¹

La NOMSPF establece con precisión las acciones que los prestadores están obligados a realizar para garantizar el derecho a la libre elección informada de los métodos anticonceptivos, proporcionando a las usuarias y los usuarios información sobre los distintos métodos de planificación familiar, sus mecanismos de acción, sus formas de uso y sus posibles efectos colaterales.¹⁴²

Es importante mencionar que el marco jurídico, empezando por la Constitución, también establece el carácter laico del Estado mexicano. Esta circunstancia es relevante, ya que las cuestiones vinculadas con los derechos sexuales y reproductivos comúnmente dan lugar a acaloradas críticas de los jerarcas de algunas religiones, particularmente la católica, los cuales —*vox populi*— se oponen a las relaciones sexuales fuera del vínculo matrimonial y al uso de métodos anticonceptivos distintos de los naturales.¹⁴³

Programas en materia de salud reproductiva

De acuerdo con la LGS, el Sistema Nacional de Salud en México (SNS), lo conforman los prestadores de servicios del sector público, social y privado.¹⁴⁴ A la Secretaría de Salud,

¹⁴¹ SECRETARÍA DE SALUD, Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 1994, p. 27.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ MARÍA CONSUELO MEJÍA, “Los puntos de vista de la Iglesia católica: ¿otro obstáculo para la anticoncepción entre adolescentes?”, en *Fisiopatología de la pubertad y embarazo/Anticoncepción en adolescentes*, RAÚL CALZADA LEÓN y LUIS M. DORANTES ÁLVAREZ (eds.), Serono, México, 1997.

¹⁴⁴ Artículo 5 de la Ley General de Salud: “El Sistema Nacional de Salud está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los secto-

como coordinadora del SNS, le corresponde diseñar y coordinar la instrumentación de las políticas nacionales de salud.

A partir de 1994¹⁴⁵ se ha incorporado de manera constante el enfoque de la salud reproductiva en los programas de salud, reconociendo que el derecho a la libre decisión debe acompañarse del ejercicio de otros derechos, tales como el de regular la fecundidad en forma segura y efectiva, disponiendo de la información y los medios para hacerlo, el de tener embarazos y partos sin riesgos, el de recibir atención calificada por la complicación de un aborto, el de tener hijos saludables, así como el de disfrutar la sexualidad y permanecer libre de enfermedad, incapacidad o muerte asociadas con ésta; por ello, se considera que la salvaguarda de todos estos derechos debe ser parte de los objetivos de las políticas públicas.¹⁴⁶

La Secretaría de Salud presentó en octubre de 2001 el Programa de Acción de Salud Reproductiva, el cual deriva del Programa Nacional de Salud 2001-2006, el cual plantea las estrategias que se impulsan en la actual Administración Pública Federal:

Para que todos los y las mexicanas disfruten de una vida sexual, reproductiva y post-reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, con absoluto respeto de sus derechos, y a su libre decisión con particular énfasis en las áreas rurales y urbano marginadas así como en las comunidades indígenas y adolescentes [...].¹⁴⁷

El Programa señala que la planificación familiar es una de las acciones sustantivas más relevantes del SNS.¹⁴⁸

res social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud”.

¹⁴⁵ El Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000 fue el primer instrumento mexicano que incorporó el concepto de salud reproductiva, definiéndola como la capacidad de los individuos y las parejas de disfrutar de manera satisfactoria, sana y sin riesgos el sexo y la vida reproductiva, con la libertad absoluta de decidir de una manera responsable e informada el número y espaciamiento de hijos. Véase SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000*, México, 1995.

¹⁴⁶ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹⁴⁷ SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Acción*, *supra* nota 113, véase Presentación.

¹⁴⁸ SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Acción*, *supra* nota 113, véase Introducción.

Dentro del referido Programa se contempla una definición muy amplia de lo que debe entenderse por salud reproductiva,¹⁴⁹ a la vez que se enumeran con claridad los derechos de las y los usuarios de servicios de salud reproductiva que incluyen: el derecho a la información,¹⁵⁰ el derecho al acceso,¹⁵¹ el derecho a la elección,¹⁵² el derecho a la seguridad,¹⁵³ el derecho a la privacidad,¹⁵⁴ el derecho a la confidenciali-

¹⁴⁹ “La salud reproductiva debe entenderse como el estado general de bienestar físico, mental y social, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductor, sus funciones y sus procesos; es decir, es la capacidad de los individuos y de las parejas de disfrutar de una vida sexual y reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, con la absoluta libertad de decidir de manera responsable y bien informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

La salud reproductiva [...] representa el ejercicio de la sexualidad responsable y sin riesgos; el bienestar de la madre, del niño en gestación, de los infantes y de los adolescentes y se extiende más allá del periodo reproductivo de las personas. Tiene que ver con las relaciones interpersonales, con percepciones y con valores; su cuidado evita enfermedades, abuso, embarazos no planeados y la muerte prematura. Pocas decisiones son más importantes en la vida que [...] elegir cuándo y cuántos hijos tener y cómo mantener la salud y gozar la sexualidad [...].

La salud sexual es un componente de la salud reproductiva en su contexto más amplio. La promoción de la salud sexual, requiere de un proceso de educación y dotación de servicios, de acceso universal y de calidad. La educación de la sexualidad conforma un proceso de adquirir información y formar actitudes y valores positivos, con respecto al sexo. La meta primaria es [...] adquirir recursos para tomar decisiones [...].

Los costos económicos, sociales y psicológicos derivados del ejercicio de la sexualidad desinformada y sin recursos de protección son elevados y se aplican a atender embarazos no planeados, infecciones de transmisión sexual, abortos inducidos, violencia intrafamiliar, trastornos psicológicos, entre otros. Con la prestación de servicios de planificación familiar de calidad, accesibles y oportunos, se evitan gastos hospitalarios [...] [y] se reducen los costos sociales [...]”. Véase SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Acción*, *supra* nota 113, p. 18.

¹⁵⁰ Ser enterado(a) con oportunidad, veracidad y en un lenguaje comprensible, de los beneficios y de los riesgos de las intervenciones médicas.

¹⁵¹ Recibir atención y servicios de calidad con calidez.

¹⁵² Decidir responsable y libremente entre las diversas alternativas que existan para dar cumplimiento a su solicitud.

¹⁵³ Recibir el tratamiento que ofrezca mejores condiciones de protección a la salud.

¹⁵⁴ Recibir información, orientación, consejería y servicios en un ambiente libre de interferencias.

dad,¹⁵⁵ el derecho a la dignidad,¹⁵⁶ el derecho a la continuidad¹⁵⁷ y el derecho a la opinión.^{158 (159)}

Obligaciones internacionales

La suscripción de tratados internacionales en materia de derechos humanos implica que el Estado

acepta la responsabilidad solemne de aplicar cada una de las obligaciones que [...] impone[n] y de asegurar de buena fe la compatibilidad de sus leyes nacionales con sus deberes internacionales.¹⁶⁰

La Constitución Política Mexicana establece que los tratados internacionales forman parte de la legislación interna del país.¹⁶¹ De acuerdo con una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jerárquicamente los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y estatales.¹⁶²

México ha firmado y ratificado una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos en donde se reconocen los derechos sexuales y reproductivos, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹⁶³ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),¹⁶⁴ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés),¹⁶⁵ la Conven-

¹⁵⁵ Que cualquier información personal proporcionada no será divulgada a terceras personas.

¹⁵⁶ Ser tratado(a) con respeto, consideración y atención.

¹⁵⁷ Recibir información, servicios y suministros por el tiempo que sea requerido.

¹⁵⁸ Expresar sus puntos de vista acerca de la información, servicios y trato recibidos.

¹⁵⁹ SECRETARÍA DE SALUD, *Programa de Acción*, *supra* nota 113, p. 30.

¹⁶⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, *Folleto informativo No. 16 (Rev. 1)*, <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm>, visitada el 11 de noviembre, 2003.

¹⁶¹ Véase artículo 133 de la Constitución Política Mexicana.

¹⁶² Amparo en revisión 1475/98, 11 de mayo de 1999, Suprema Corte de Justicia, 9ª Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, tesis P.LXXVII/99, p. 46.

¹⁶³ México ratificó este instrumento el 23 de marzo, 1981.

¹⁶⁴ México ratificó este instrumento el 23 de marzo, 1981.

¹⁶⁵ México ratificó esta Convención el 23 de marzo, 1981.

ción Americana sobre Derechos Humanos,¹⁶⁶ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará),¹⁶⁷ así como el Protocolo Facultativo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana (comúnmente conocido como “Protocolo de San Salvador”).¹⁶⁸

Estas ratificaciones por parte de México han significado un importante avance en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, toda vez que se ha generado para el Estado la obligación de respetarlos, protegerlos y salvaguardarlos.

Todos estos instrumentos internacionales, contemplan derechos cuyo cumplimiento es necesario para el pleno respeto, protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, entre los que se encuentran los siguientes: derecho a la integridad personal,¹⁶⁹ derecho a la libertad y al consentimiento informado,¹⁷⁰ derecho a la protección de la honra, la dignidad y la intimidad,¹⁷¹ derecho a la protección de la salud¹⁷² y derecho a la libertad de conciencia y religión.¹⁷³

En el caso particular de la CEDAW, ésta establece el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a tener acceso a la información, educación y medios para ejer-

¹⁶⁶ México ratificó esta Convención el 3 de abril, 1982.

¹⁶⁷ México firmó esta Convención el 4 de junio, 1995 y la ratificó el 12 de noviembre, 1998.

¹⁶⁸ México ratificó este instrumento el 16 de abril, 1996.

¹⁶⁹ Véase artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 1, 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

¹⁷⁰ Véase artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁷¹ Véase artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; artículo 12 de la Declaración Universal; y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷² Véase artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

¹⁷³ Véase artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

cer estos derechos;¹⁷⁴ además obliga a los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias “para eliminar la discriminación contra las mujeres [...] [y] proveerles acceso igualitario a materiales informativos y asesoramiento sobre planificación familiar”.¹⁷⁵ Asimismo, al referirse al derecho a la protección de la salud, establece que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para

[...] eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.¹⁷⁶

En 2002 el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, órgano de vigilancia de la CEDAW, resaltó su preocupación por la alta tasa de mortalidad derivada de la maternidad en México. En especial, se refirió a aquellos casos consecuencia de abortos clandestinos y a la insuficiente educación, difusión, accesibilidad y oferta de todos los métodos anticonceptivos, en particular entre las mujeres pobres de las zonas rurales y urbanas.¹⁷⁷

Asimismo, el Comité aconsejó al Gobierno mexicano que examinara prioritariamente la situación de la población adolescente y lo exhortó¹⁷⁸ a adoptar medidas para garantizar su acceso a servicios de salud reproductiva y sexual en los que se preste atención a sus necesidades particulares de información, incluso mediante la aplicación de programas y políticas conducentes a incrementar el conocimiento sobre los diferentes medios anticonceptivos y su disponibilidad.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Véase artículo 16(e) de la CEDAW.

¹⁷⁵ Véase artículo 10 de la CEDAW.

¹⁷⁶ Véase artículo 12.1 de la CEDAW.

¹⁷⁷ CEDAW, *Consideraciones del Comité*, N.U. Doc. CEDAW/C/2002/EXC/CRP.3/Rev.1 (2002), pár. 36.

¹⁷⁸ *Ibid*, pár. 37.

¹⁷⁹ Cabe resaltar que el citado Comité hizo la recomendación al Gobierno mexicano de “evaluar la posibilidad de autorizar el uso del anticonceptivo RU486 [...] ya que es económico y de fácil uso”. Pareciera como si el Comité hubiese confundido la pastilla RU486 con la AE. Véase CEDAW, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 108 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Tercero y cuarto informes periódicos de los Estados Partes. México*, N.U. Doc. CEDAW/C/MEX/3-4 (1997), pár. 408.

El PIDESC, por su parte, reafirma el derecho que tienen las personas a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental y desarrolla las obligaciones de los Estados para lograr dicho estándar.¹⁸⁰ El Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de vigilancia del PIDESC, al definir ese derecho señaló que comprende, entre otros, la facultad para “[...] controlar la propia salud, el propio cuerpo y la libertad sexual y reproductiva”,¹⁸¹ enfatizando a su vez que los Estados Partes están obligados a “adoptar medidas para mejorar [...] los servicios de salud sexuales y reproductivos, incluido el acceso a la planificación de la familia [...]”.¹⁸²

La defensa y promoción de los derechos sexuales y reproductivos ha evolucionado enormemente como resultado de dos Conferencias Internacionales de Naciones Unidas que tuvieron lugar en los años noventa: La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995.¹⁸³

Como resultado de la Conferencia sobre Población realizada en el Cairo, Egipto, en septiembre de 1994, se emitió un Programa de Acción, el cual no sólo manifiesta la relación existente entre derechos humanos y derechos reproductivos, sino que establece una clara definición de lo que es la salud reproductiva¹⁸⁴ y reconoce dos derechos fundamentales vinculados a ésta: el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho al acceso de servicios de salud sexual y reproductiva.

¹⁸⁰ Véase artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12), 22ª Sesión, N.U. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), pár. 8.

¹⁸² *Ibid.*, pár. 14.

¹⁸³ Las conferencias de las Naciones Unidas generan documentos políticamente consensuados como son las declaraciones y los programas de acción, que aunque estrictamente no son vinculatorios, obligan al Estado a cumplirlos de buena fe.

¹⁸⁴ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, pár. 7.2: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades 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 [...]”.

Durante la Cuarta Conferencia de la Mujer, que se realizó en Beijing, China, en 1995, se adoptaron una Declaración y un Programa de Acción, en los cuales se establece que los derechos humanos de la mujer incluyen el derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, así como a decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin estar sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia.¹⁸⁵

El contenido de los documentos adoptados en ambas conferencias ha sido fortalecido por las sesiones de revisión conocidas como Cairo+5 y Beijing+5; al día de hoy, están en marcha esfuerzos para evaluar objetivamente los avances logrados a diez años de distancia.

En la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, organizada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, realizada en la Ciudad de México en junio de 2004, los gobiernos de los países participantes adoptaron un documento denominado “Consenso de México” en donde, *inter alia*, se comprometen a

[...] revisar e implementar la legislación que garantice el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y el acceso sin discriminación a los servicios de salud, incluida la salud sexual y reproductiva.¹⁸⁶

c. Construyendo un espacio para la anticoncepción de emergencia a través de un esquema de democracia deliberativa

La primera NOMSPF se publicó en el DOF el 30 de junio de 1994 y no incluía la AE, aunque contemplaba la toma de una dosis de anticonceptivos hormonales mayor a la regular en los casos en que, por alguna razón, no se hubiese consumido la pastilla diaria.

En octubre de 1998, y a solicitud de algunas diputadas federales, la Secretaría de Salud convocó un grupo multidisciplinario de expertos, tanto de la propia dependencia como de instituciones científicas y académicas independientes, pa-

¹⁸⁵ *Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing, China, 14-25 de septiembre, 1995, pár. 96.

¹⁸⁶ Para mayor información: <<http://www.eclac.cl/>>.

ra que analizaran la procedencia jurídica y científica de incorporar la AE en la NOMSPF. El grupo concluyó que la AE es un método de planificación familiar seguro, efectivo y legal, por lo que recomendó se incluyera en la NOMSPF.

Por lo anterior, se solicitó al Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades (CCNNPYCE) que integrara el anteproyecto de modificación correspondiente. El pleno de dicho Comité encargó, a su vez, al Subcomité de Salud Reproductiva que iniciara los trabajos respectivos.

En el marco del Subcomité se consultó a más de 100 instituciones académicas, científicas y de la sociedad civil, incluido el Comité Nacional Provida (PROVIDA), asociación civil contraria a todos los métodos de planificación familiar distintos a los naturales, pero que es uno de los integrantes del pleno del Comité, en razón del equilibrio obligado en ese órgano colegiado.¹⁸⁷

El 21 de junio de 1999, el Subcomité de Salud Reproductiva presentó al pleno del CCNNPYCE, para su primera revisión, el anteproyecto de modificación de la NOMSPF. PROVIDA fue convocado y estuvo presente en la sesión.

La primera manifestación de PROVIDA en contra de los términos de la modificación a la NOMSPF ocurrió el 20 de septiembre de 1999, fecha en que su Director General dirigió un comunicado al entonces Secretario de Salud exigiéndole se abstuviera de “legalizar [...] los métodos abortivos que se proponen en la norma”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ La postura contraria a PROVIDA la defiende la Fundación Mexicana para la Planificación Familiar, mejor conocida como MEXFAM, misma que promueve la libertad sexual y reproductiva. En marzo de 1999, mientras estaban en curso los trabajos de modificación de la NOMSPF, el Comité Nacional PROVIDA interpuso denuncia penal contra MEXFAM acusándola de “prácticas criminales abortivas”, dado que la segunda estaba promoviendo y proporcionando pastillas anticonceptivas de emergencia a los particulares. La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal declaró improcedente la denuncia, señalando que expertos médicos analizaron el caso y concluyeron que era científica y médicamente aceptable prescribir la anticoncepción de emergencia. Véase FERNANDO MINO, “Por difamación y calumnias demanda MEXFAM a PROVIDA”, *Letra S.*, 4 de noviembre, 1999, p. 1.

¹⁸⁸ Comunicado escrito dirigido por el Lic. Jorge Serrano Limón, entonces Director General del Comité Nacional PROVIDA, AC, al entonces Secretario de Salud, Dr. Juan Ramón de la Fuente.

No obstante, en su sesión del 22 de septiembre de 1999, el pleno del CCNNPYCE aprobó la modificación a la NOMSPF en lo general, pero sujetó su emisión a que se hiciera una consulta a la Dirección General de Asuntos Jurídicos (DGAJ) de la Secretaría de Salud respecto a la definición de embarazo que se pretendía incluir. PROVIDA fue convocado formalmente a la sesión, pero no acudió.

La definición que se proponía en la NOMSPF señalaba que el embarazo es “aquella parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del *conceptus* (sic) en una mujer y concluye con el nacimiento del producto o con un aborto”.¹⁸⁹

La inclusión de dicha definición resultaba relevante ya que la mayoría de los estudios publicados hasta entonces argumentaban que la AE podía actuar sobre el endometrio, impidiendo la implantación, por lo que era importante dejar en claro que la inclusión de la AE era legal, por tratarse de un método que prevenía el embarazo, tomando como base el concepto científico que señala que éste no se inicia con la fertilización (i.e. la unión del óvulo y el espermatozoide), sino con la concepción, es decir, en el momento en que el óvulo fecundado (i.e. blastocisto) se implanta en la pared de la cavidad uterina.¹⁹⁰

En tanto que la Ley General de Salud no contempla definiciones de embarazo o concepción, como tampoco lo hace ninguna otra disposición jurídica de su misma jerarquía, y considerando la opinión jurídica favorable que en su momento emitió el grupo multidisciplinario de expertos, el CCNNPYCE consideró que no habría problema alguno desde la perspectiva legal para la inclusión de la AE en la NOMSPF, si bien se esperaba una dura batalla por parte de PROVIDA y otras organizaciones similares que sostienen incorrectamente el argumento de que fertilización y concepción son equivalentes.¹⁹¹

Sólo un día después de presentada la consulta, la DGAJ de la Secretaría de Salud señaló oficialmente que se debía

¹⁸⁹ SECRETARÍA DE SALUD, Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, citado por *La Jornada*, México, 1999.

¹⁹⁰ ACOG, *supra* nota 140.

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, los argumentos expuestos en línea en <<http://www.provida.com.mx>>.

ajustar o eliminar la definición de embarazo, o de lo contrario no podría expedirse la modificación de la NOMSPF. La DGAJ argumentó erróneamente¹⁹² que la definición contradecía la que aparece en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, que en su artículo 40 señala que el embarazo

[...] es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.¹⁹³

Con la emisión de la referida opinión jurídica se abrió un paréntesis de varios años durante los cuales subsistió una situación de inequidad en el acceso a los servicios de planificación familiar ya que —si recordamos lo señalado previamente respecto a la aplicación del principio de legalidad en México—, mientras no existiera normatividad en materia de AE a los servicios de salud privados o sociales les estaba permitido ofrecer el método, mientras que a las instituciones públicas de salud, a las cuales acuden millones de mujeres, les estaba prohibido hacerlo.^{194, 195}

Entre 2000 y 2002 el Subcomité de Salud Reproductiva del CCNNPYCE se dedicó a analizar la procedencia de realizar el ajuste solicitado por la DGAJ y a llevar a cabo un proceso de revisión y congruencia de la NOMSPF que lo llevó a determinar que era imprescindible continuar con los trámites para emitir su actualización.

Uno de los acontecimientos más relevantes ocurridos en los años durante los que se suspendió la modificación de la

¹⁹² Cabe precisar que este “argumento jurídico” carece de sustento ya que, si bien las NOM no deben contradecir lo que establecen las leyes y los reglamentos, es claro que esta prohibición debe entenderse limitada a la relación con aquellas leyes y reglamentos de los que la NOM se deriva; éste no es el caso de la NOMSPF, que emana de la Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Atención Médica, y no del de Investigación.

¹⁹³ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 6 de enero, 1987.

¹⁹⁴ Se calcula que alrededor del 74% del total de las mujeres que utilizan métodos anticonceptivos los obtienen en el sector público, contra aproximadamente el 24% que los reciben en el privado. Véase CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

¹⁹⁵ MOTTA-MURGUÍA, *Health policy making in Mexico*, *supra* nota 52.

NOMSPF fue que se comprobó que los estudios que argumentaban que la AE podía impedir la implantación tenían deficiencias metodológicas y no contaban con evidencia sólida. Dichas investigaciones fueron superadas por otros trabajos¹⁹⁶ que demuestran contundentemente que la AE únicamente puede actuar en los niveles siguientes: sobre el eje hipotálamo-hipófisis-ovárico, alterando la función de maduración y liberación del óvulo y la función esteroidogénica (de síntesis hormonal), y sobre los mecanismos de transporte y capacitación de los espermatozoides.

De lo anterior se concluye que la AE no afecta el endometrio y que, aun si se administra después de la ovulación, no puede impedir la implantación, por lo que el Subcomité de Salud Reproductiva determinó que ya no se hacía necesario incluir una definición de embarazo en la modificación a la NOMSPF y que no existía razón para que subsistiera el desacuerdo de PROVIDA, dado que los mecanismos de acción de la AE son previos a la fertilización.

Otro acontecimiento por destacar es que en el año 2000 se llevaron a cabo elecciones presidenciales en las que, por primera vez en más de 70 años, el Partido Revolucionario Institucional fue vencido, ganando el Partido Acción Nacional (PAN), el cual —a pesar de proclamarse como de orientación al centro— era identificado por algunos como una organización de extrema derecha con estrechos lazos con la Iglesia católica y PROVIDA.¹⁹⁷ La jerarquía católica mexicana, ade-

¹⁹⁶ Véase TASKIN *et. al.*, “High doses of oral contraceptives do not alter endometrial alpha 1 and alpha v beta 3 integrins in the late implantation window”, *supra* nota 100; SWAHN *et. al.*, *supra* nota 100; RAYMOND *et. al.*, *supra* nota 100; DURAND *et. al.*, “On the mechanisms of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception”, *supra* nota 94; DURAND *et. al.*, “Efectos de la administración aguda de levonorgestrel (LNG) sobre la expresión de marcadores específicos de receptividad uterina”, *supra* nota 100; MARIONS *et. al.*, *supra* nota 97; BEN-NUN *et. al.*, *supra* nota 100; CROXATTO *et. al.*, “Mechanisms of action of emergency contraception”, *supra* nota 97; CROXATTO *et. al.*, “Mechanism of action of hormonal preparations used for emergency contraception: a review of the literature”, *supra* nota 97; MULLER *et. al.*, *supra* nota 100; HAMEL *et. al.*, *supra* nota 97; GLASIER, “Emergency postcoital contraception”, *supra* nota 97; GLASIER, “Emergency Contraception”, *supra* nota 97.

¹⁹⁷ En la época cercana a las elecciones llegó a señalarse que en las entidades federativas gobernadas por el Partido Acción Nacional se habían destinado recursos para financiar las actividades de PROVIDA. Véase, por ejemplo, ALEJANDRO BRITO, “Radiografía mínima de la nueva beligerancia católica”, *Letra S.*, 7 de octubre, 1999.

más, ya había señalado —en directa referencia a la AE— que “los católicos no pueden votar en favor de ningún político o partido político que apoye el aborto (*sic*)”.¹⁹⁸

El cambio de gobierno llevó a muchos a considerar que el procedimiento para modificar la NOMSPF e incorporar la AE habría quedado, en el mejor de los casos, suspendido indefinidamente, mientras que los más pesimistas incluso afirmaron que se presenciaria un importante retroceso en materia de derechos sexuales y reproductivos. Afortunadamente, más tarde los fundamentos de la política en la materia demostraron ser lo suficientemente sólidos y tener la fortaleza necesaria para fungir como verdaderos salvaguardas de esos derechos.

Ante la revisión a la que la LFSMN obligaba a someter en el año 2002¹⁹⁹ aquellas normas que habían estado vigentes por cinco años o más, habiendo considerado las evidencias científicas más recientes, el CCNNPYCE notificó formalmente a la Comisión Nacional de Normalización que había determinado procedente modificar la NOMSPF para actualizarla.

El 19 de diciembre de ese mismo año se llevó a cabo una sesión del pleno del CCNNPYCE en la que, al momento de presentar su informe de trabajo, la Coordinadora del Subcomité de Salud Reproductiva señaló que, a partir de la revisión quinquenal, se concluía que era procedente continuar con los trámites de modificación de la NOMSPF:

A efecto de actualizar los criterios de elegibilidad para la prescripción de métodos anticonceptivos, así como de incorporar una serie de lineamientos, acciones y estrategias que permitan reforzar las medidas para garantizar una maternidad saludable y sin riesgos.

Se señaló, asimismo, que la versión modificada de la NOMSPF se encontraba lista y en ella se habían incorporado sugerencias de todos los actores involucrados, por lo que, previa anuencia del Comité, podría someterse al proceso de

¹⁹⁸ ARZOBISPADO DE MÉXICO, *Desde la fe*, México, agosto de 1998.

¹⁹⁹ La reforma a la LFSMN mediante la cual se establece la obligación de revisión quinquenal para las NOM no entró en vigor sino hasta 1997, por lo que en 2002 se revisaron las NOM expedidas en 1997 y los años previos. Véase Ley Federal sobre Metrología y Normalización, *supra* nota 64.

mejora regulatoria y al dictamen jurídico, para posteriormente publicarse en el DOF.²⁰⁰

En esa virtud, la Coordinadora del Subcomité de Salud Reproductiva solicitó al Presidente del CCNNPYCE que la modificación de la NOMSPF se sometiera a la consideración del pleno como un punto adicional en el Orden del Día y, en caso de ser aprobada, se procediera de inmediato con los trámites tendientes a su expedición.²⁰¹

Con el visto bueno de los integrantes del CCNNPYCE se adicionó la NOMSPF al Orden del Día, destacándose que ésta se había presentado previamente en varias ocasiones, aprobándose en lo general. La versión modificada de la NOMSPF se presentó al pleno y se aprobó de manera unánime, por lo que se solicitó al Presidente procediera a gestionar su publicación.²⁰²

Cabe precisar que, no obstante que se invitó formalmente a PROVIDA a esta sesión, su representante no acudió, a pesar de que la convocatoria señalaba expresamente que, en caso de ausencia, se entendía otorgada la aceptación de esa organización a las resoluciones que adoptara el CCNNPYCE.²⁰³

El 20 de diciembre de 2002 el CCNNPYCE, a través de su Secretaría Técnica, remitió a la DGAJ, para su revisión, la actualización de la NOMSPF. Entre enero y junio de 2003 la DGAJ señala al CCNNPYCE ajustes menores a la NOMSPF, siendo hasta el 27 de junio de ese año que se obtiene el oficio en el que el área jurídica señala que el contenido de la modificación es adecuado y no hay inconveniente jurídico en su expedición. De junio a diciembre de 2003 se continuaron

²⁰⁰ COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL DE NORMALIZACIÓN DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE ENFERMEDADES, *Minuta de la sesión ordinaria del 19 de diciembre de 2002*.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Información tomada de la lista de asistentes a la sesión del CCNNPYCE del 19 de diciembre de 2002 y constatada en el comunicado escrito que el Lic. Jorge Serrano Limón, en ese momento Representante Legal de PROVIDA, dirigió al Lic. Vicente Fox Quesada, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el 11 de febrero de 2004, en el que refiriéndose a la modificación de la NOMSPF señala a la letra que "[...] la SSA, sí nos hizo llegar la invitación para la reunión en donde se discutió la modificación de la Norma Oficial Mexicana y no asistimos. Por lo que en primer lugar le pido acepte nuestras disculpas, porque la Norma Oficial Mexicana se modificó con la participación de diferentes organismos. Por este motivo quisiera dejar claro que el Secretario [de Salud] Dr. Julio Frenk, sí consultó (sic) a la población".

los trabajos para perfeccionar la forma de la actualización de la NOMSPF.

Cabe mencionar que durante el año 2003 en la Comisión de Equidad y Género de la Cámara de Diputados, en el Grupo Interinstitucional de Salud Reproductiva²⁰⁴ y en los trabajos para integrar el Diagnóstico de la Situación de Derechos Humanos del Alto Comisionado de Naciones Unidas se expresaron fuertes reclamos a la Secretaría de Salud por el retraso en la publicación de la NOMSPF actualizada.

El 7 de enero de 2004 se envió la modificación de la NOMSPF a COFEMER, solicitándole el otorgamiento de la exención a la elaboración de la MIR, por tratarse de una disposición que no implicaba costos de cumplimiento a los particulares y el visto bueno para proceder a su publicación en el DOF. COFEMER respondió favorablemente.

La NOMSPF actualizada se publicó en el DOF el 21 de enero de 2004, entrando en vigor al día siguiente. Cabe destacar que la modificación se emitió bajo la figura de una resolución, es decir, como NOM definitiva sin que previamente se haya publicado su proyecto o respuestas a comentarios, ya que se enmarca dentro de la excepción al procedimiento ordinario que establece el artículo 51 de la LFSMN, conforme a los argumentos siguientes: el desarrollo científico y tecnológico actual, así como las evidencias científicas disponibles son distintos a los que existían al momento de expedición de la NOMSPF en 1994. Esto significa que las causas y circunstancias bajo las cuales se emitió la NOMSPF en su versión original no subsisten y, por lo tanto, procedía su modificación por excepción. Cabe agregar que la incorporación en la norma de nuevos métodos anticonceptivos seguros y eficaces se hacía necesaria para garantizar cabalmente la libre

²⁰⁴ El Grupo Interinstitucional de Salud Reproductiva, el cual se instaló en febrero de 1995, es una instancia consultiva en la que participan representantes de 19 instituciones gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y del sector privado. Este grupo ha dado seguimiento a los programas de salud y a los procesos de elaboración y actualización de los instrumentos normativos de la salud reproductiva en México. Su rol como órgano consultivo ha quedado oficialmente ratificado en el Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 2004, donde se establece que sus actividades serán coordinadas por el nuevo Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva.

decisión reproductiva de los individuos, misma que corresponde tutelar al Estado mexicano en términos de la Constitución. La modificación a la NOMSPF no implicó la creación de nuevos requisitos o procedimientos, ni la incorporación de especificaciones más estrictas; por el contrario, se amplió la esfera de derechos de los gobernados, otorgando mayores alternativas para su ejercicio. Debe destacarse que COFEMER validó estos criterios al eximir al CCNNPYCE de la elaboración de la MIR correspondiente y autorizar la publicación en el DOF de la NOMSPF actualizada. Es pertinente mencionar que la Dirección General de Normas de la Secretaría de Economía del Gobierno Federal, unidad a la que le compete interpretar la LFSMN, es vocal integrante del CCNNPYCE, por lo que al no votar en contra en el pleno del comité, ratificó este criterio.

Si bien las características de la actualización de la NOMSPF no hacían necesario que se siguiera el procedimiento ordinario de modificación, la Secretaría de Salud no la ajustó unilateralmente; la nueva versión es el resultado de un proceso colegiado y abierto de consulta a más de 100 organizaciones, en el que se escucharon todas las voces y las resoluciones las determinó la mayoría en el pleno del CCNNPYCE.

La modificación a la NOMSPF señala que su objetivo es uniformar los criterios de operación, políticas y estrategias para la prestación de los servicios de planificación familiar en México, dentro de un marco de absoluta libertad y respeto a la decisión de los individuos, previo proceso sistemático de consejería, basada en la aplicación del enfoque holístico de la salud reproductiva.²⁰⁵

El campo de aplicación de la NOMSPF lo constituyen el personal de salud y todos los establecimientos de los sectores público, social y privado, para los que enumera los requisitos de organización y desarrollo de todas las actividades que constituyen los servicios de planificación familiar, siendo la norma de observancia obligatoria en todo el país.

En la NOMSPF actualizada se enumeran los métodos anti-conceptivos legales, efectivos y seguros, como una parte esencial de los servicios de planificación familiar, sin que esta si-

²⁰⁵ SECRETARÍA DE SALUD, Resolución por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, *supra* nota 19.

tuación se vincule de manera alguna con el registro o comercialización de los mismos. La NOMSPF establece para los prestadores la obligación de que tengan disponibles todos los métodos que la misma señala.

Los anticonceptivos hormonales que se usan en el método de AE contaban con registros sanitarios y se comercializaban muchos años antes de que se modificara la NOMSPF, además de que ya eran utilizados por los prestadores de servicios de salud privados. Es así como, con la inclusión de la AE en la norma, se reconoce y regula lo que ya era una práctica en la realidad, al tiempo que se convierte en algo autorizado para los servicios de salud públicos, terminando con la situación de inequidad prevaleciente hasta entonces.

Cabe resaltar que no obstante que la atención se ha enfocado en la inclusión de la AE, la NOMSPF modificada incorpora toda la diversidad de métodos anticonceptivos que han demostrado ser efectivos y seguros para prevenir el embarazo, desde los naturales (e.g. ritmo, billings), hasta aquellos que son producto de los avances científicos y tecnológicos más recientes (e.g. condón femenino), para que las personas puedan decidir cuál es el que más se ajusta a sus necesidades y creencias.

La inclusión en la NOMSPF de la información de todos los métodos que previenen el embarazo de manera segura y eficaz es congruente con los compromisos internacionales que ha asumido México, así como con su obligación de tutelar la libre decisión consagrada en el segundo párrafo del artículo 4º de la Constitución.²⁰⁶

d. Después de la norma...

Una vez publicada la modificación a la NOMSPF se desató una avalancha mediática, impulsada en gran parte por el señalamiento hecho por el Arzobispo Primado de México, Norberto Rivera Carrera, en el sentido de que con la incorporación de la AE “se legalizaba el asesinato de inocentes”, aunado a la amenaza del Presidente de la Pastoral de Salud de la Ar-

²⁰⁶ Asimismo, cabe destacar que la NOMSPF se actualizó de acuerdo con los lineamientos, criterios y las recomendaciones internacionales, incluidos los emitidos por la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de Población de Naciones Unidas y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, entre otros.

quidiócesis de México de excomulgar a quienes participaron en la elaboración de la NOMPSF, a quienes promuevan el uso de la AE y a las mujeres que la usaran conscientemente.²⁰⁷ A dichos comentarios siguieron las declaraciones de PROVIDA, la Unión Nacional de Padres de Familia y algunos miembros del PAN, manifestándose también contra la NOMSPF.²⁰⁸

Como consecuencia de dichas expresiones se sucedieron notas en todos los medios de comunicación abordando el asunto de la modificación a la NOMSPF, particularmente en lo relativo a la AE, lo que permitió que el tema de la planificación familiar alcanzara una promoción y cobertura nunca antes vistas. Como ejemplo, baste mencionar que tan sólo entre el 22 de enero y el 2 de febrero de 2004, la AE había merecido 306 notas en la prensa escrita, 208 notas en radio y 99 en televisión.²⁰⁹ Si bien la mayor parte de las notas recogían, tanto los argumentos del CCNNPYCE como los de sus opositores, organizándose incluso candentes debates, lo cierto es que los análisis arrojan que los medios favorecieron al primero.²¹⁰

El aspecto más relevante de la presencia del tema en los medios de comunicación y en los foros más diversos es que contribuyó a informar a toda la población acerca de qué es y cómo funciona la AE, logrando que el método alcanzara un alto nivel de aceptación del público.²¹¹

El debate en torno al tema no se limitó a los medios de comunicación; también en el Congreso hubo enfrentamientos verbales entre quienes apoyaban una y otras posturas.

Es importante mencionar el papel jugado por las organizaciones de la sociedad civil, particularmente los integrantes del Grupo Interinstitucional de Salud Reproductiva, quienes convocaron a diversas conferencias de prensa y tuvieron in-

²⁰⁷ Véase, por ejemplo, SONIA DEL VALLE, "Una semana de discusión", *Reforma*, 29 de enero, 2004.

²⁰⁸ Algunos miembros del PAN llegaron incluso a recriminar a la Secretaría de Salud haber permitido que en un gobierno de su partido se emitiera una NOM que incorporara la AE. Véase NORMA BENA, "Respaldan panistas a Bravo Mena al rechazar promoción de la píldora", *El Sol de México*, 29 de enero, 2004.

²⁰⁹ SECRETARÍA DE SALUD, "Píldora de emergencia", *Informe de Impacto en Medios*, 2 de febrero, 2004.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Véase las encuestas realizadas sobre el tema por la empresa Estadística Aplicada y el Population Council.

tervenciones en distintos medios para hacer patente su apoyo a la NOMSPF. Además, un grupo destacado de expertos de la academia, con sólidas trayectorias en el campo de la ciencia, acompañó a la Secretaría de Salud en sus comparecencias ante distintos foros, defendiendo las evidencias científicas que sustentan la modificación de la NOMSPF.

La AE también se discutió en los tribunales. PROVIDA entregó un comunicado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitándole interviniera en el asunto; la Corte señaló que no era la vía para proceder.

Posteriormente, la Unión Nacional de Padres de Familia y la propia PROVIDA, junto con diversos obispos, diputados locales del PAN y algunos de sus seguidores, presentaron sendas demandas de Amparo en contra de la NOMSPF, las cuales fueron rechazadas en primera instancia, por considerar que eran notoriamente improcedentes, dado que los promovedores carecían de interés jurídico. La Unión Nacional no impugnó esta resolución, mientras que el grupo encabezado por PROVIDA sí lo hizo y consiguió que su demanda fuera aceptada para consideración.

PROVIDA argumentó una supuesta inconstitucionalidad de la NOMSPF y señaló también su presunta ilegalidad, aduciendo que se siguió el procedimiento de excepción para modificarla sin que se hubiesen materializado los supuestos previstos por la ley para proceder en ese sentido. El juez encargado del asunto emitió sentencia resolviendo sobreseer el juicio de garantías, por considerar que PROVIDA no acreditó tener interés jurídico en el asunto y dada la ausencia de un agravio actual, personal y directo para los quejosos.²¹²

Como era de esperarse, PROVIDA interpuso un recurso de revisión en contra de lo resuelto por el juez, que al momento de concluir este trabajo está en análisis por el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa al cual se turnó.

No obstante, se observa que la estrategia legal en contra de la NOMSPF tiene muy pocas probabilidades de éxito; entre otras muchas razones, porque PROVIDA mismo es miembro

²¹² Oficio número 4177-T-4 del 30 de noviembre de 2004 emitido por el Juzgado Noveno de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal que contiene la sentencia dictada en el Juicio de Amparo número 216/2004-IV.

del CCNNPYCE y otorgó tácitamente su aprobación a lo que ahora pretende combatir.

Mientras se suscitaba la vorágine de acontecimientos que siguió a la modificación normativa, se instrumentó un intenso proceso de capacitación del personal de salud, incluyendo aspectos de orientación sobre las ventajas y limitaciones de los métodos contenidos en la NOMSPF, su forma de uso, grado de efectividad, riesgos y contraindicaciones, para garantizar plenamente que las nuevas opciones anticonceptivas sean ofertadas a la población.²¹³

CONCLUSIONES

La ciencia política tradicional ha concebido la democracia como un sistema en el que las personas expresan, a través del voto, sus intereses individuales; sin embargo, los críticos de esta postura argumentan que un verdadero régimen democrático requiere que

[...] los ciudadanos y sus representantes piensen no sólo en el 'yo', sino también en el 'nosotros', [...] [así como que la] democracia involucre la discusión de los problemas públicos, no únicamente el conteo silencioso de las manos de los individuos.²¹⁴

A partir de esta perspectiva, se han establecido esquemas que reconocen el valor de procesos deliberativos incluyentes, representativos y justos, en los que prevalece el respeto a los distintos puntos de vista,²¹⁵ ya que

[...] las decisiones correctas son aquellas que emergen de los procesos correctos y los procesos correctos son aquellos en los que los ciudadanos pueden decidir por sí mismos.²¹⁶

En otras palabras, debe reconocerse el derecho de los miembros de la sociedad —quienes son en última instancia los beneficiarios o perjudicados por la acción gubernamental—

²¹³ CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN, *supra* nota 10.

²¹⁴ JANE MANSBRIDGE, *Democracy, Deliberation & the Experience of Women*, <<http://www.cpn.org/topics/families/deliberation.html>>, visitada el 12 de abril, 2005.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ LINDBLOM, *supra* nota 33, p. 123.

a participar en los procesos de diseño y elaboración de políticas públicas, especialmente en temas en los que se involucren los valores y la intimidad de las personas, como es el caso de los derechos sexuales y reproductivos.

En materia de servicios de planificación familiar corresponde, pues, a las autoridades asistir a las personas en la empresa de decidir con seguridad y sin riesgos su reproducción.²¹⁷ Al mismo tiempo, para garantizar el pleno ejercicio y el respeto de los derechos reproductivos, incluida la planificación familiar, se requiere que las personas los conozcan, se apropien de ellos y adquieran las habilidades necesarias para hacerlos valer.²¹⁸

Para tal efecto, los esquemas de concertación de acciones entre los órganos del Estado y la sociedad civil —incluida la academia— establecidos, definidos y protegidos por la ley, han demostrado ser mecanismos sólidos que permiten salvaguardar esos derechos. De especial relevancia resulta la participación social en esquemas deliberativos encaminados a ampliar la gama de las opciones anticonceptivas, ya que otorga legitimidad a los procesos normativos. En ese tenor, la academia juega un papel significativo, no sólo durante la etapa de integración de políticas públicas, en la cual aportan perspectivas complementarias a las oficiales, resultado de información y formación distintas, sino también en la posterior defensa de la política emitida.

El Gobierno debe buscar un equilibrio entre los actores que influyen el proceso de toma de decisiones y asumir el rol de un ‘buscador de soluciones eficientes’ que sean congruentes con la política sanitaria vigente, incluyendo el marco jurídico. Como ‘soluciones eficientes’ deben entenderse aquellas que benefician a todos o a la mayor parte de los miembros de una sociedad, sin afectar a ninguno.²¹⁹

De acuerdo con el marco jurídico, tanto nacional como internacional, el Estado mexicano —sin importar la tendencia del Gobierno en el poder— tiene la obligación negativa de abstenerse de determinar el número de hijos que cada persona debe o puede tener y una obligación positiva de proveer

²¹⁷ Motta-Murguía, *Health policy making in Mexico*, *supra* nota 52.

²¹⁸ Consejo Nacional de Población, *supra* nota 10.

²¹⁹ Lindblom, *supra* nota 33.

a las personas la información necesaria para decidir, si así lo desean, cómo regular su fertilidad. Asimismo, existe una obligación positiva de proveer a las personas servicios de planificación familiar, incluidos los métodos anticonceptivos.²²⁰ Dado que la AE es un método anticonceptivo seguro y eficaz, se hacía necesario incorporarlo en la NOMSPF, para garantizar la libre decisión reproductiva; haber actuado de manera distinta hubiera constituido una seria violación a las disposiciones nacionales e internacionales que consagran o reconocen el derecho de las personas a acceder a los avances científicos y tecnológicos en materia anticonceptiva.

La reciente modificación de la NOMSPF es una solución que reúne las características antes mencionadas: sus beneficios en la prevención de embarazos no planeados y abortos son contundentes y no ocasiona daño alguno a aquellos que pudieran oponerse a ella.²²¹

La nueva versión de la NOMSPF representa el resultado de un proceso consensuado, fundamentado legalmente, en el cual se tomaron en consideración todas las posiciones, se escucharon todas las voces en torno al tema y una mayoría inclusiva y representativa decidió dentro de un esquema abierto y transparente, apegándose en todo momento al marco jurídico y a la evidencia científica disponible. Representa también un caso que ejemplifica que la protección de los derechos sexuales y reproductivos debe y puede mantenerse independiente de tendencias ideológicas, sustentándose en el respeto a la libertad de las personas.

El reto a vencer ahora es que la NOMSPF se instrumente cabalmente, por lo que corresponde a la Secretaría de Salud del Gobierno Federal Mexicano promover y vigilar su estricta aplicación, así como mantener las acciones de capacitación y sensibilización dirigidas a los prestadores de los servicios de salud reproductiva.

El presente artículo no pretende afirmar que las NOM son el esquema ideal a partir del cual se pueden defender los derechos sexuales y reproductivos; sin embargo, se considera que constituyen un buen ejercicio de democracia deliberati-

²²⁰ LATIN AMERICAN CONSORTIUM FOR EMERGENCY CONTRACEPTION, *Newsletter*, vol 1, N° 2, 2003, p. 5.

²²¹ MOTTA-MURGUÍA, *Health policy making in Mexico*, *supra* nota 52.

va, que permite utilizar al mismo tiempo la evidencia científica y la participación pública para abordar problemas sociales, alcanzar un equilibrio entre todos los actores que influyen en el tema y encontrar soluciones legales, legítimas y aceptables para la mayoría.

EL LITIGIO INTERNACIONAL EN LA PROMOCIÓN Y EL AVANCE DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN AMÉRICA LATINA¹

*Luisa Cabal, Mónica Roa y
Lilian Sepúlveda-Oliva*

En las últimas décadas, el trabajo de acción política mediante estrategias jurídicas ha desempeñado un papel crucial en cambiar la realidad de la vida reproductiva de las mujeres en países de todo el mundo. Gran parte de este esfuerzo se ha centrado en establecer un marco legal y político adecuado para promover los derechos reproductivos y, en términos más amplios, los derechos de las mujeres en el nivel nacional e internacional. Aunque los progresos logrados a escala global en América Latina han promovido reformas legales y políticas nacionales, no han conseguido todavía el pleno respeto de los derechos reproductivos de las mujeres.

Si bien el litigio de interés público se ha utilizado como estrategia a nivel nacional para la promoción del cambio social en las últimas décadas, los grupos de defensa de derechos de las mujeres en todo el mundo siguen sin hacer suficiente uso de esta eficaz estrategia. Varias razones explican el in-

¹ La versión original de este artículo fue publicada en *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 7, 2003, pp. 51-88. Ha sido traducida y adaptada con la autorización del Centro para la Salud y Derechos Humanos Francois-Xavier Bagnoud de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard.

suficiente uso del sistema judicial en la protección de los derechos de las mujeres, a pesar de que los tribunales pueden ser excelentes instancias para contribuir al cambio, sobre todo cuando existe una profunda brecha entre las normas internacionales, constitucionales o legislativas y la vida de las mujeres. Dentro de estas razones están la desconfianza en el sistema judicial como agente de cambio social y el desconocimiento sobre el uso concreto de los mecanismos nacionales e internacionales y el rol que pueden desempeñar en la garantía de derechos.

Un tribunal puede, por ejemplo, ordenar a un gobierno que repare la situación de una víctima y, puede también emitir una orden preceptiva para mejorar las condiciones de una clase más amplia de mujeres en situación similar, facilitando así una mayor protección en el futuro. Cuando un tribunal nacional no decide a favor de la protección de un derecho, el litigio internacional de derechos humanos puede brindar la oportunidad de abordar violaciones a los derechos reproductivos. Por lo tanto, abogados y defensores de América Latina y todo el mundo deben evaluar el potencial de esta estrategia. El Centro de Derechos Reproductivos (CDR)² y sus organizaciones asociadas en América Latina han sido precursores en el uso del litigio internacional como una estrategia para garantizar que las legislaciones, las políticas y las jurisprudencias nacionales reflejen mejor el reconocimiento de los derechos reproductivos por parte de la comunidad internacional. El litigio internacional también se ha utilizado para impulsar el desarrollo de nuevos estándares para la protección de los derechos reproductivos en el derecho internacional.

En los últimos cinco años, el CDR y las organizaciones asociadas, con consentimiento informado y pleno de cada una de las víctimas, han presentado tres casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y un caso ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU). Los casos presentados ante la CIDH se refieren a cuestiones de calidad de la atención y violencia contra las mujeres en servicios públicos de salud, a la esteriliza-

² El Centro de Derechos Reproductivos se conocía anteriormente como Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas.

ción forzada y a la denegación de abortos legales. El CDHNU está actualmente decidiendo la primera denuncia individual sobre aborto considerada por el sistema de supervisión de tratados de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Este artículo se abastece de la experiencia del CDR en los sistemas de la ONU e Interamericano y describe brevemente las instancias ante las cuales se pueden presentar denuncias cuando se han violado derechos reproductivos. El artículo analiza también las cuestiones referentes a los derechos reproductivos de las mujeres que se han presentado ante algunos organismos internacionales y examina las ventajas y obstáculos potenciales del litigio internacional. El trabajo busca contribuir al debate sobre el potencial del litigio para promover estándares de protección de los derechos humanos y para reparar las violaciones de los derechos reproductivos de las mujeres.

I. DEFENSA LEGAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS: PERSPECTIVA GLOBAL

Los derechos reproductivos de las mujeres empezaron a ser admitidos a escala internacional en los años sesenta, cuando se reconoció explícitamente el derecho a elegir en cuestiones de reproducción.³ En las décadas posteriores se llevaron a cabo varias conferencias internacionales que confirmaron estos derechos en sus documentos finales.⁴ Este impulso

³ Para una breve historia del desarrollo del marco legal de los derechos reproductivos, véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, *Derechos reproductivos 2000: hacia adelante*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 2000, p. 10. Véase también REBECCA COOK, "Human Rights and Reproductive Self-Determination", *American University Law Review*, vol. 44, 1995, p. 975.

⁴ De la Primera Conferencia Mundial de la Mujer (Ciudad de México 1975), véase *Informe sobre la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer*, México, 19 de junio-2 de julio, 1975, N.U. Doc. E/CONF.66/34, N.U. Sales N° E.76.IV.1 (1976); de la Segunda Conferencia Mundial de la Mujer (Copenhague 1980), véase *Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de Naciones Unidas sobre la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz*, Copenhague, Dinamarca, 14-30 de julio, 1980, N.U. Doc. A/CONF.94/35, N.U. Sales N° E.80.IV.3 y Corrigendum (1980); de la Conferencia Mundial para Revisar y Evaluar los Logros del Decenio de Naciones Unidas sobre la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz (Nairobi 1985), véase *Informe de la Conferencia Mundial para Revisar y Evaluar los Logros del Decenio de Naciones Unidas so-*

político condujo a que en la década de los noventa se produjera un viraje crucial y la comunidad internacional reconociera los derechos reproductivos de las mujeres y los plasmara en declaraciones redactadas en conferencias internacionales.⁵

Estas declaraciones reconocen la importancia de proteger los derechos humanos de las mujeres —específicamente los derechos reproductivos— como una categoría que abarca derechos políticos, económicos, sociales y culturales, tanto en el nivel individual como en el colectivo.⁶ Cuando suscriben

bre la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, Kenya, 15-26 de julio, 1985. Véase también CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, *Derechos reproductivos 2000*, *supra* nota 3, p. 10.

⁵ En realidad, los años noventa se han llegado a considerar un periodo clave para el progreso de los temas de derechos humanos en la comunidad internacional, ya que entonces tuvieron lugar muchos cambios cruciales tanto en la esfera nacional como internacional. Los documentos procedentes de tres conferencias mundiales fueron decisivos para el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos: Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993) (*Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Austria, 14-25 de junio, 1993, N.U. Doc. A/CONF. 157/23 (1993) [en adelante *Declaración y Programa de Acción de Viena*]), Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (CIPD) (*Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo*, El Cairo, Egipto, 5-13 de septiembre, 1994, N.U. Doc. A/CONF.171/13/Rev.1 (1995) [en adelante *Programa de Acción de El Cairo*]), y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 1995) (*Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer*, Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing, China, 14-15 de septiembre, 1995, N.U. Doc. A/CONF.177/20 (1995) [en adelante *Declaración de Beijing y Plataforma de Acción*]).

⁶ En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los gobiernos reconocieron, “con base en la igualdad entre mujeres y hombres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención adecuada a la salud y a la gama más amplia de servicios de planificación familiar, así como al acceso igual a la educación en todos los niveles”. Véase *Declaración y Programa de Acción de Viena*, *supra* nota 5, pár. 41. En la CIPD celebrada en El Cairo, se señaló por primera vez que “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos de consenso”. Véase *Programa de Acción de El Cairo*, *supra* nota 5, pár. 7.3. En congruencia con su amplia visión de la salud reproductiva, el Programa de Acción de El Cairo insta a los Estados a que aborden las desigualdades de género que obstaculizan la salud reproductiva, incluidas “prácticas sociales discriminatorias; actitudes negativas hacia las mujeres y las adolescentes; y el poder limitado que muchas mujeres y jóvenes tienen sobre su vida sexual y reproductiva”. Véase *Programa de Acción de El Cairo*, *supra* nota 5, pár. 7.3. La Conferencia de Beijing produjo dos documentos, a los que se conoce como la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción de Beijing, que reafirman los principios que se aprobaron en El Cairo. La Plataforma de Beijing reproduce términos clave del Programa de Acción de El Cairo, pero

este tipo de documentos internacionales, los gobiernos se comprometen a adaptar su legislación interna para formular y poner en práctica leyes y políticas que promuevan estos derechos.

Desde la perspectiva legal internacional, se han aprobado varios instrumentos que refuerzan la presencia de los derechos humanos de las mujeres en la agenda mundial y regional de los derechos humanos. En el ámbito regional, se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará), la única convención internacional que aborda directamente la violencia contra las mujeres.⁷ Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incluyó crímenes relacionados con la violencia sexual y de género.⁸ La aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer promete ofrecer un mayor potencial para hacer valer los derechos humanos de las mujeres en general.⁹

Los derechos reproductivos tienen su raíz en nociones básicas de derechos humanos y abarcan dos principios am-

va más allá cuando reconoce el derecho de las mujeres a controlar su propia sexualidad y relaciones sexuales y a decidir sobre estas cuestiones en igualdad con los hombres. Véase *Declaración de Beijing y Plataforma de Acción*, *supra* nota 5, pár. 96. Para los fines de este artículo, el término “derechos reproductivos” tiene la intención de abarcar una serie de derechos a los que muchas veces nos referimos también como “derechos sexuales”, incluidos el derecho a estar libre de violencia sexual y coerción, y el derecho al más alto nivel de salud sexual. Asimismo, interpretamos el término “salud reproductiva” como incluyente de muchos de los elementos de “salud sexual”. Para más información sobre derechos sexuales y salud sexual, véase INTERNATIONAL WOMEN’S HEALTH COALITION [COALICIÓN INTERNACIONAL POR LA SALUD DE LAS MUJERES], “Sexual Rights”, <www.iwhc.org/index.cfm?fuseaction=page&pageID=22>, visitada el 14 de julio, 2003.

⁷ Véase Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, aprobada el 9 de junio, 1994, entrada en vigor el 5 de marzo, 1995, <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic13.htm>>, visitada el 11 de julio, 2003 [en adelante Convención de Belém do Pará].

⁸ Véase Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio, 1998, Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, Italia, N.U. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), entró en vigor el 1 de julio, 2002.

⁹ Véase Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado el 6 de octubre, 1999, entró en vigor el 22 de diciembre, 2000.

plios: el derecho a la atención en salud reproductiva¹⁰ y el derecho a la autodeterminación reproductiva.¹¹ Los derechos a la atención sexual y reproductiva, a la integridad física y a la seguridad y autonomía obligan a los gobiernos a garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva y a eliminar las barreras legales existentes en la atención. El derecho a la autonomía reproductiva, que incluye los derechos a la intimidad y a decidir el número e intervalo de los hijos que se quiera tener, obliga a los gobiernos a garantizar que hombres y mujeres tengan acceso igual a toda la gama de opciones anticonceptivas y de servicios de salud reproductiva; a asegurar el acceso a la información en ese tema y a que sus decisiones autónomas sean plenamente respetadas por el Estado y los particulares.

II. AMÉRICA LATINA: EL DERECHO Y LA POLÍTICA FRENTE A LA REALIDAD

En América Latina, en gran medida gracias al trabajo de activistas, los gobiernos han ido reconociendo y prometiendo extender y promover los derechos de las mujeres a través de leyes y políticas públicas. Por lo general los gobiernos de la región han apoyado y aprobado las diversas convenciones internacionales y los documentos de las conferencias. Como consecuencia, durante los años noventa tuvieron lugar transformadoras reformas constitucionales y judiciales, entre las que hay que subrayar la eliminación de muchas disposiciones discriminatorias de los códigos penales y civiles.¹²

¹⁰ Como se declaró en la CIPD, la atención comprehensiva a la salud reproductiva debe incluir medidas que promuevan la maternidad sin riesgos, atención a las personas con VIH/SIDA y otras ITS, aborto, tratamientos de infertilidad y toda la gama de anticonceptivos de calidad, incluida la anticoncepción de emergencia. Véase *Programa de Acción de El Cairo*, *supra* nota 5, pár. 7.2.

¹¹ Este derecho se apoya en el derecho a planificar la propia familia, el derecho a estar libre de interferencia en la toma de decisiones reproductivas y en el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida sexual y reproductiva de la mujer. Véase *Programa de Acción de El Cairo*, *supra* nota 5, pár. 7.3; *Declaración de Beijing y Plataforma de Acción*, *supra* nota 5, párs. 95-96.

¹² Por ejemplo, el nuevo Código Penal de Colombia ha reformado la definición de “acceso carnal”, ampliando así la jurisprudencia y los principios legales en el terreno de la violencia sexual. En el intento de extender la capacidad

La incorporación de tratados internacionales de derechos humanos en las constituciones nacionales o directamente en el Derecho nacional ha motivado importantes reformas legales. Por ejemplo, la aprobación de la Convención de Belém do Pará impulsó a los gobiernos de la región a promulgar leyes nacionales para enfrentar la violencia contra las mujeres. De igual forma, los compromisos internacionales se han manifestado en leyes y políticas nacionales de salud¹³ que demuestran la inclusión de los derechos reproductivos como derechos humanos.¹⁴

Sin embargo, a pesar de que los principios y compromisos legales y las conferencias internacionales han afectado las normas internas y políticas públicas, en América Latina, aún están lejos de aplicarse plenamente.¹⁵ Un ejemplo ilustrativo es el tema del VIH/SIDA. Aunque los gobiernos han empezado a aprobar políticas y lineamientos para abordar el VIH/SIDA, sus esfuerzos siguen siendo tibios en el mejor de los casos: los derechos a la vida, la salud y la salud reproductiva de las mujeres siguen estando gravemente cuestionados por la feminización de la transmisión del virus y la falta de regu-

del poder judicial al campo de la violencia doméstica, la Ley 575 de 2000 confirió poder a los tribunales familiares de ordenar medidas de protección. Además, países como Argentina, Perú y México han eliminado disposiciones discriminatorias de los códigos penal y civil. Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y DEMUS, ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, *Mujeres del mundo: leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas. América Latina y el Caribe, Suplemento 2000*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 2000, p. 100 [en adelante *Mujeres del mundo 2000*]. El Código Penal de Colombia también fue reformado, manteniendo los derechos legales protegidos de libertad sexual y agregando la protección de la educación y la integridad sexual. Véase *ibid.*, pp. 97-98.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado el 16 de diciembre, 1966, entró en vigor el 3 de enero, 1976.

¹⁴ Por ejemplo, en los casos en que las leyes y políticas que incorporan metas demográficas estaban aún vigentes, ha habido una tendencia a abandonar ese enfoque a favor de otro que toma en cuenta los derechos humanos, la calidad de vida, la igualdad de género y el desarrollo sustentable. En muchos países se han incorporado políticas y leyes que promueven los derechos reproductivos. Por ejemplo, países como Argentina han aprobado leyes de salud reproductiva federales y provinciales. Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y DEMUS, *Mujeres del mundo 2000*, *supra* nota 12, p. 12.

¹⁵ Véase LUISA CABAL, MÓNICA ROA y JULIETA LEMAITRE (eds.), CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001, pp. 63, 222 [en adelante *Cuerpo y Derecho*].

laciones con respecto al VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual (ITS).¹⁶

Otro ejemplo lo constituye la salud reproductiva: a pesar de que las normas nacionales y las convenciones y conferencias internacionales reafirman los derechos de acceso a servicios de salud reproductiva y a decidir el número e intervalo de los hijos que se desea tener, la anticoncepción de emergencia es poco conocida y escasas veces es ofrecida en los servicios de salud. Los sistemas judiciales de países de la región tales como Colombia, Chile, Argentina, México y Ecuador han tenido que afrontar demandas interpuestas por grupos conservadores que se oponen a la distribución de la anticoncepción de emergencia. Muchas de estas demandas no han prosperado.

Asimismo, aunque hay regulaciones y políticas que abordan preocupaciones de salud sexual y reproductiva en América Latina, la penalización del aborto y el limitado acceso de las adolescentes a la información y los servicios de salud sexual y reproductiva demuestran la incongruencia del marco legal y político.¹⁷ En efecto, aunque la falta de acción estatal en muchas áreas obstruye el ejercicio de los derechos reproductivos, probablemente donde es más evidente es en relación con el aborto. A pesar de la tendencia mundial a la legalización, el aborto sigue siendo ilegal en casi todos los países de América Latina¹⁸ y es una de las causas principa-

¹⁶ En toda América Latina, la epidemia de VIH/SIDA se está feminizando cada vez más. Por ejemplo, en Colombia, la proporción anual hombre:mujer ha variado de 18:1 en 1986 a 4:1 en 2000. Véase UNAIDS y WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) [ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)], “*Epidemiological Fact Sheets on HIV/AIDS and Sexually Transmitted Infections 2002: Update Colombia (2002)*”, <http://www.who.int/emc-hiv/fact_sheets/pdfs/Colombia_en.pdf>, visitada el 11 de abril, 2005. En Perú, la proporción anual hombre:mujer ha variado de 15:1 en 1990 a 5:1 en 1998. Véase RICHARD WEBB y GRACIELA FERNÁNDEZ BACA, *Perú en números 1999*, Cuánto, Lima 1999, p. 374.

¹⁷ Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y DEMUS, ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER, *Mujeres del mundo: leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas. América Latina y el Caribe*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 1997, p. 215 [en adelante *Mujeres del mundo*]. Con respecto al impacto en las adolescentes, en Bolivia, por ejemplo, el 38% de los nacimientos en adolescentes son resultado de embarazos no deseados. Véase FAMILY CARE INTERNATIONAL, “Madres siendo aún demasiado hijas”, *Archivos “i”*, N° 4, 1998, La Paz, Bolivia, p. 3.

¹⁸ El aborto está penalizado en Latinoamérica y el Caribe, salvo en Puerto Rico, Cuba y Guyana.

les de mortalidad materna en la región, provocando la muerte de aproximadamente 5.000 mujeres cada año.¹⁹

De otra parte, aunque la violencia doméstica y social se ha convertido en un tema central para los gobiernos de la región, los datos que la registran siguen siendo altos. Los cálculos indican que entre el 30% y el 50% de las mujeres con pareja son víctimas de violencia psicológica cada año, y del 10% al 35% sufre violencia física.²⁰

III. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

El reconocimiento legal y político de los derechos sexuales y reproductivos a escala regional y local no siempre ha significado su protección efectiva. El tema de la rendición de cuentas está intrínsecamente relacionado con el compromiso que tienen los gobiernos de cumplir con sus obligaciones internacionales y de implementarlas en sus propias disposiciones constitucionales y legales.

¿Qué significado tienen la legislación gubernamental y las iniciativas de políticas públicas si las condiciones de las mujeres siguen siendo las mismas a pesar de los cambios legales y políticos? Es entonces función de los organismos judiciales, tanto nacionales como internacionales, proteger los derechos de las mujeres haciendo responsables a los gobiernos de sus acciones u omisiones en la puesta en práctica de las reformas legales.²¹ Aunque los mecanismos de protec-

¹⁹ La proporción estimada de la tasa anual de mortalidad materna debida al aborto en malas condiciones en el periodo 1995-2000, para el Caribe fue 17.5%; para Centroamérica, 15%; para Sudamérica, 24%. WHO, *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of Incidence of and Mortality Due to Unsafe Abortion with a Listing of Available Country Data*, 3ª ed., 1997, Ref. WHO/RHT/MSM/97.16, <www.who.int/reproductive-health/publications/MSM_97_16/MSM_97_16_abstract.en.html>, visitada el 11 de julio, 2003.

²⁰ Véase ANDREW R. MORRISON y MARÍA LORETO BIEHL (eds.), *Too Close to Home: Domestic Violence in the Americas*, Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1999, p. 3.

²¹ En muchos países latinoamericanos, en algunos casos los individuos presentan acciones para proteger derechos humanos básicos, como acciones de Cumplimiento, para exigir que el gobierno cumpla sus propias leyes y reglamentos. CABAL *et. al.*, *Cuerpo y Derecho*, *supra* nota 15, pp. 226-231.

ción de los derechos²² en muchos países parecen adecuados, en la práctica resultan insuficientes.²³

A pesar de la centralidad de la función de los jueces en una región en la que las democracias siguen siendo frágiles y el compromiso de proteger los derechos humanos es limitado, los tribunales de nivel nacional superior —salvo contadas excepciones— no han asumido la protección integral de los derechos de las mujeres.²⁴ Si bien nuestro interés no es profundizar en los desafíos del poder judicial local, reconocemos, como lo han hecho muchos activistas, que es fundamental desarrollar estrategias para garantizar su plena participación en la protección de los derechos reproductivos de las mujeres.²⁵

Los organismos internacionales judiciales y quasi-judiciales también desempeñan un papel importante en la promoción de los derechos humanos. Algunos grupos, en particular los que trabajan en favor de los derechos civiles y políticos en diferentes países, han demostrado que el litigio nacional e internacional puede proveer la reparación de las violaciones individuales y hacer progresar los criterios de los derechos humanos.²⁶ Estos grupos recurren al litigio como medio para garantizar la rendición de cuentas y contribuir a reformar las leyes y políticas violatorias de los derechos humanos. El litigio también puede movilizar y fomentar alianzas que impulsen la acción política y puede promover la creación de nuevos estándares para interpretar los derechos humanos cuando los aplican tribunales domésticos. El litigio también puede fomentar la conciencia de las violaciones a los derechos humanos, contribuyendo a crear una cultura que estimule a los actores privados y públicos a respetarlos y salvaguardarlos.

²² Este tipo de mecanismos puede abarcar, entre otros rubros, la creación de defensorías del pueblo y la acción de Tutela, de Amparo y de Cumplimiento.

²³ Para un análisis de la eficacia de estos mecanismos para la protección de los derechos reproductivos de las mujeres, véase CABAL *et. al.*, *Cuerpo y Derecho*, *supra* nota 15.

²⁴ Es interesante notar el caso colombiano, en el cual la Corte Constitucional ha desempeñado un rol fundamental en la protección de los derechos sexuales y reproductivos, salvo en el caso del aborto. Véase *ibid.*, pp. 217-326.

²⁵ Véase FORD FOUNDATION, *Many Roads to Justice: The Law Related Work of Ford Foundation Grantees Around the World*, Ford Foundation, Nueva York, 2000, pp. 74-83.

²⁶ Véase *ibid.*, pp. 283-296.

Recurrir al litigio internacional como una estrategia legal para promover y fortalecer los derechos reproductivos es el paso lógico siguiente.

IV. LITIGIO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

El litigio internacional de los derechos humanos se adelanta ante organismos quasi-judiciales creados por la ONU o por pactos regionales de derechos humanos. Su mandato es supervisar el cumplimiento que hacen los Estados de las obligaciones de derechos humanos contenidas en un tratado específico. Algunos de estos organismos o comités incorporan un procedimiento individual de queja para llevar a cabo su misión. Este procedimiento es similar al litigio tradicional: una víctima demanda a un Estado por no haber cumplido con la obligación de respetar, proteger y/o garantizar los derechos humanos impuestos por un tratado en particular. El organismo pertinente lleva a cabo un procedimiento quasi-judicial y decide si el Estado debe ser declarado internacionalmente responsable. En caso afirmativo, recomienda medidas que el Estado debe poner en práctica para reparar la violación y resarcir a la víctima.

Además del procedimiento de denuncia individual, todos los sistemas regionales y de la ONU poseen una amplia gama de mecanismos para supervisar, promover y proteger los derechos humanos, incluidos los informes por país, visitas *in loco* y los informes especiales. El sistema de derechos humanos de la ONU abarca los seis tratados más importantes aprobados por la Asamblea General de ONU y sus respectivos organismos de vigilancia.²⁷ Los informes estatales periódicos

²⁷ Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada el 10 de diciembre, 1984, entrada en vigor el 26 de junio, 1987 (Comité Contra la Tortura (CCT)); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre, 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre, 1981 (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (CEDAW)); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre, 1965, entrada en vigor el 4 de enero, 1969 (Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)); PIDESC, *supra* nota 13 (Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)); Convención de los

son el principal mecanismo utilizado por esos organismos para evaluar el desempeño de los Estados. De los seis tratados, cuatro tienen un procedimiento de denuncia o queja específico.²⁸ El procedimiento individual de denuncia se incorpora a través de un protocolo abierto, pero facultativo, a los Estados Partes del tratado original.²⁹ El CDHNU, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), funciona desde 1976. Es el organismo más antiguo entre los dedicados a tratados.³⁰

Aparte del sistema de la ONU, existen sistemas regionales en Europa, América y África. Cada uno de estos sistemas está vinculado a la organización de Estados de la región; a saber, al Consejo de Europa (COE), a la Organización de Estados Americanos (OEA) y a la Unión Africana (antiguamente Organización de la Unidad Africana).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el más antiguo e inició sus actividades a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1959.³¹ Más

Derechos del Niño y Niña, aprobada el 20 de noviembre, 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre, 1990 (Comité para los Derechos del Niño y Niña); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado el 16 de diciembre, 1966, entró en vigor el 23 de marzo, 1976 (Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDHNU)). Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y PROGRAMA INTERNACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LA UNIVERSIDAD DE TORONTO, *Haciendo de los derechos una realidad: un análisis del trabajo de los comités de monitoreo de la ONU sobre derechos reproductivos y sexuales*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 2002, p. 6 [en adelante *Haciendo de los derechos una realidad*].

²⁸ El PIDESC (1976) y el Comité para los Derechos del Niño y Niña (1990) no tienen procedimientos individuales de queja o denuncia. Para más información sobre los mecanismos de quejas de los Organismos de Supervisión de Tratados de la ONU, véase ANNE F. BAYEFSKY (ed.), *The UN Human Rights System in the 21st Century*, Kluwer, La Haya, 2000, pp. 63-136.

²⁹ El CDHNU y el Comité de la CEDAW han incorporado el sistema de quejas individuales mediante un protocolo facultativo. La Convención contra la Tortura y la Convención contra la Discriminación Racial han incluido en el cuerpo del tratado el sistema de quejas individuales.

³⁰ El CEDR aprobado en 1969, el CCT aprobado en 1987 y el Comité de la CEDAW aprobado en 2000, tienen una carga de trabajo significativamente menor en términos de procedimientos de quejas individuales.

³¹ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se aprobó en 1948, siete meses antes que la Declaración Universal de Naciones Unidas y unos años antes de la Convención Europea. No obstante, fue la Convención Europea la primera en establecer un tribunal encargado de supervisar el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos y el procedimiento de quejas. Se aprobó en 1950 y entró en vigor en 1953. La argumentación y las metodologías de interpretación aprobadas por el Comité Europeo de Dere-

tarde se completó con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978.³² El sistema abarca un procedimiento individual de queja que sigue el modelo del sistema europeo y exige que se presente una petición individual a la CIDH, que la evaluará antes de que la estudie la Corte.

Si bien las recomendaciones que emite la Comisión son vinculantes, su cumplimiento queda únicamente al arbitrio del Estado Parte. Aunque esta característica ha despertado un significativo escepticismo con respecto a la capacidad del Sistema Interamericano para implementar y mantener sus resoluciones, los Estados Parte han puesto en práctica gran parte de esas recomendaciones y han tomado medidas para efectuar el cambio. La decisión de cumplir con las recomendaciones de la Comisión está influida por el deseo de evitar el “efecto de vergüenza”. Ésta ha sido una estrategia legal y política eficaz para responsabilizar a los Estados por sus actos u omisiones y para estimularlos a promover cambios legislativos y políticos.

A. ¿CUÁNDO SE PUEDEN LITIGAR LOS DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALMENTE?

El hecho de que los tribunales internacionales de derechos humanos estén concebidos para ser subsidiarios es consecuente con el principio de soberanía del derecho internacional. Por esto, cada país tiene la oportunidad de utilizar sus propios recursos legales internos antes de acudir al sistema internacional para buscar la reparación por violaciones a los derechos humanos.³³ Por lo tanto, ningún tribunal internacional de derechos humanos admite una petición hasta

chos Humanos (CEDH) sirvieron de modelo y fueron seguidos más tarde por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU).

³² HENRY J. STEINER y PHILIP ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 641.

³³ Véase Reglamento de la CIDH, *Documentos básicos en material de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.L/V/I.4 Rev.9 (2003), art. 31, <<http://www.cidh.oas.org/basic.eng.htm/>>, visitada el 14 de julio, 2003.

que los peticionarios hayan agotado todos los recursos legales internos. No obstante, es posible hacerlo cuando se puede demostrar la falta de recursos internos efectivos o la mala disposición o incapacidad del Estado para garantizar una sentencia justa.³⁴

La petición debe incluir en un instrumento específico la lista de los derechos humanos protegidos que han sido supuestamente violados y ha de garantizar que ningún otro organismo internacional esté considerando la misma demanda.

B. ¿QUIÉN PUEDE LITIGAR LOS DERECHOS HUMANOS?

Las reglas vigentes para el litigio internacional de los derechos humanos varían según el tribunal. La mayoría exige el consentimiento de la víctima, pero en el Sistema Interamericano, la regla es mucho más amplia y se permite que cualquier persona o grupo de personas presente denuncias, incluso sin la autorización de la víctima.³⁵

Varias organizaciones no gubernamentales (ONG) han utilizado el litigio internacional para buscar reparaciones y remedios para la víctima y para dar respuesta a problemas sistémicos que resultan en violaciones a los derechos humanos.³⁶

C. TEMAS DE LOS LITIGIOS

La mayoría de los casos que se presentan ante la CIDH tratan violaciones perpetuadas por gobiernos militares o autoritarios: violaciones al derecho a la vida y a la integridad física,

³⁴ Véase Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre, 1969, entrada en vigor el 18 de julio, 1978, art. 46, <www.oas.org/juridico/english/treaties/b-32.htm>, visitada el 14 de julio, 2003 [en adelante Convención Americana].

³⁵ Aunque la regla menos estricta del Sistema Interamericano ha hecho posible que las organizaciones presentaran peticiones de parte de víctimas que son incapaces o tienen miedo de suscribir personalmente las quejas, es innegable que este tipo de regla plantea también graves preocupaciones éticas relacionadas con la rendición de cuentas de organizaciones que no necesitan el consentimiento del cliente para presentar una petición.

³⁶ Véase ABDELSALAM A. MOHAMED, "Individual and NGO Participation in Human Rights Before the African Court of Human Rights and Peoples Rights: Lessons Learned from the European and Inter-American Courts of Human Rights", *Journal of African Law*, vol. 43, 1999, pp. 201-213.

a un juicio justo, a estar libre de torturas y al debido proceso.³⁷ La Corte Interamericana ha sentado importantes precedentes en el Derecho internacional de los derechos humanos. En particular acerca de la obligación de los Estados de proteger a las víctimas de actores privados³⁸ y en materia de reparaciones.³⁹ En una de esas decisiones, conocida como el caso Velásquez *v.* Rodríguez, la Corte sentó un importante precedente en el que establece que no sólo es obligación del Estado respetar, sino también promover y proteger los derechos humanos.⁴⁰

La jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el CDHNU, incluye cuestiones sobre el ejercicio legítimo del poder del Estado y las libertades individuales en contextos como la detención previa al juicio. También se ha pronunciado sobre el derecho a la intimidad, a no ser discriminado por la orientación sexual,⁴¹ sobre los límites a la legislación del “discurso del odio”⁴² y sobre la pena de muerte como una violación del derecho a estar libre de tratamientos crueles e inhumanos.⁴³

D. JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

La jurisprudencia internacional sobre los derechos de las mujeres, en especial sobre los derechos reproductivos, ha sido escasa y desigual, tanto geográfica como temáticamente. Por esta razón, limitaremos nuestro análisis a los temas que han sido abordados directamente. Algunos casos presentados

³⁷ Véase RICHARD J. WILSON, “Researching the Jurisprudence of the Inter-American Commission on Human Rights: A Litigator’s Perspective”, *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. 10, 1994.

³⁸ Caso 7920, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8 rev.1 (1986).

³⁹ Jo M. PASQUALUCCI, “Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, 1996, pp. 1-58.

⁴⁰ Véase Caso 7920, *supra* nota 38.

⁴¹ Caso *Toonen v. Australia*, Comunicación N°488/1992, CDHNU, 50ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

⁴² Caso *Faurisson v. France*, Comunicación N°550/1993, CDHNU, 50ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

⁴³ Caso *Chitat Ng v. Canadá*, Comunicación N° 469/1991, CDHNU, 49ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994).

ante los Sistemas Europeo e Interamericano han construido un amplio consenso sobre los derechos reproductivos. Excluimos de nuestro análisis las discusiones vinculadas al “derecho a la salud”, como las de la CEDH, puesto que la CIDH y el CDHNU no han abordado los criterios internacionales de protección en sus decisiones. Aunque los temas están estrechamente conectados, hemos dividido estos casos en dos categorías: integridad física y seguridad; y salud reproductiva, intimidad y autonomía.⁴⁴

⁴⁴ Hemos decidido no incluir la jurisprudencia relacionada con discriminación sexual debido a las limitaciones de espacio. No obstante, los interesados en esos temas se pueden remitir a los casos siguientes: En la CIDH, véase Caso 12.046, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/serL/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2002), <www.iachr.org/annualrep/2002eng/Chile_12046.htm>, visitada el 12 de julio, 2003; y Caso 11.625, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/serL/V/II.98, doc. 6 rev. (1998), <www.cidh.org/annualrep/97eng/Guatemala11625.htm>, visitada el 12 de julio, 2003. En la CEDH, véase Caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, ser. A, vol. 23, 1976; Caso *Rasmussen v. Denmark*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, ser. A, vol. 87, 1984, pár. 41; Caso *Van Raalte v. Netherlands*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. 1997-I; y Caso *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, ser. A, vol. 263, 1993. En la CDHNU, véase Caso *Vos v. Netherlands*, Comunicación N° 218/1986, CDHNU, 34ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/35/D/218/1986 (1989); Caso *Pauger v. Austria*, Comunicación N° 716/1996, CDHNU, 65ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/65/D/716/1996 (1999) y Comunicación N° 415/1990, CDHNU, 44ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/44/D/415/1990 (1992); Caso *Pepels v. Netherlands*, Comunicación N° 484/1991, CDHNU, 51ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/51/D/484/1991 (1994); Caso *Brooks v. Netherlands*, Comunicación N° 172/1984, CDHNU, 29ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/29/D/172/1984 (1987); Caso *Zwaan-de-Vries v. Netherlands*, Comunicación N° 182/1984, CDHNU, 29ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/29/D/182/1984 (1987); Caso *Araujo-Jongens v. Netherlands*, Comunicación N° 418/1990, CDHNU, 49ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/49/D/418/1990 (1993); Caso *J.A.M.B.R. v. Netherlands*, Comunicación N° 477/1991, CDHNU, 50ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/50/D/477/1991 (1994); Caso *Lovelace v. Canada*, Comunicación N° 24/1977, CDHNU, 20ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977 (1981); Caso *Women v. Mauritius*, Comunicación N° 35/1978, CDHNU, 12ª Sesión, Anexo, N.U. Doc. CCPR/C/12/D/35/1978 (1981); Caso *Sprenger v. Netherlands*, Comunicación N° 395/1990, CDHNU, 44ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/44/D/395/1990 (1992); Caso *Ato del Avellanal v. Perú*, Comunicación N° 202/1986, CDHNU, 34ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/34/D/202/1986 (1988); Caso *V.O. v. Norway*, Comunicación N° 168/1984, CDHNU, 25ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/25/D/168/1984 (1985); Caso *S.H.B. v. Canadá*, Comunicación N° 192/1985, CDHNU, 29ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/29/D/192/1985; Caso *Hendriks v. Netherlands*, Comunicación N° 201/1985, CDHNU, 33ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/33/D/201/

1. Integridad física y seguridad: violencia contra las mujeres⁴⁵

En general, los casos de violencia presentados ante el Sistema Interamericano tratan la detención y violación de mujeres por personal del ejército.⁴⁶ La CIDH ha considerado internacionalmente responsables a los gobiernos de El Salvador,⁴⁷

1985 (1988); Caso *J.H.W. v. Netherlands*, Comunicación N° 501/1992, CDHNU 48ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/48/D/501/1992 (1993); Caso *Byrne v. Canadá*, Comunicación N° 742/1997, CDHNU 65ª Sesión, N.U. Doc. CCPR/C/65/D/742/1997 (1999); y Caso *Toonen v. Australia*, *supra* nota 41.

⁴⁵ Los casos sobre violencia sexual en los Sistemas Europeo e Interamericano fueron precedentes importantes para desarrollar una jurisprudencia contundente en los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda. Aunque los estatutos que establecieron los tribunales y su jurisdicción incluyen la violación sólo como crimen contra la humanidad, el papel activo que desempeñaron el fiscal y las juezes tuvieron por resultado una serie de casos que promovieron el concepto de la violación como tortura (Caso *Prosecutor v. Delalic, et. al.*, Caso N° IT-96-21-T, 16 de noviembre, 1998, ICTY, Juicio, párs. 481-93; Caso *Prosecutor v. Akayesu*, Caso N° 96-4-T, 2 de septiembre, 1998, ICTR, Juicio), como genocidio (el juicio de Akayesu en párs. 507-10), y como crimen de guerra (Caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Caso N° IT-95-17/I-T, 10 de diciembre, 1998, ICTY, Juicio, párs. 172, 269-75). Estos logros desempeñaron también un importante papel en la inclusión de una amplia gama de delitos sexuales y de género en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Para un análisis del proceso de incorporación de crímenes de género en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, véase BARBARA BEDONT y KATHY HALL-MARTINEZ, "Ending Impunity for Gender Crimes Under the International Criminal Court", *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 6, 1999, pp. 65-85, <http://www.reproductiverights.org/pub_art_icc.html>, visitada el 12 de julio, 2003.

⁴⁶ En el Sistema Europeo, la Corte también concluyó que la violación cometida por un funcionario público puede constituir tortura en violación del derecho a estar libre de tratamiento inhumano y degradante si es causa de sufrimiento muy grave y cruel de acuerdo con el derecho internacional humanitario. La Corte ha sostenido, por tanto, que la violación de una detenida por un funcionario estatal tenía que ser considerada una forma especialmente grave y detestable de mal trato. Véase Caso *Aydin v. Turkey*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. VI, 1997. El Estado también puede ser considerado responsable de las violaciones cometidas por sus soldados si no toma las medidas adecuadas para impedir o castigar los actos. Véase Caso *Cyprus v. Turkey* (app. Nos. 6780/74 y 6950/74), ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. 4, 1982, p. 482 (Informe de la Comisión de julio 1976).

⁴⁷ Véase Caso 10.257, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev.1 (1992), p. 125, <www.iachr.org/annualrep/91eng/ElSalvador10257.htm>, visitada el 12 de julio 2003; Caso 10.911, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1994), p. 188, <www.cidh.org/annualrep/93eng/elsalvador.10911.htm>, visitada el 11 de

México⁴⁸ y Perú⁴⁹ en varios casos de violación de mujeres. Además, de acuerdo con la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, la CIDH ha establecido que la violación cometida por un funcionario público es una forma de tortura.⁵⁰

Los movimientos de mujeres en Latinoamérica se han valido de la jurisprudencia del Sistema Interamericano para proteger a personas víctimas de violaciones perpetradas por actores privados.⁵¹ El Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) fueron los primeros en utilizar la Convención de Belém do Pará en el caso de una mujer abusada por su marido durante años hasta quedar paralítica. Las autoridades brasileñas no respondieron a las denuncias que la mujer presentó reiteradamente a lo largo de 15 años. La CIDH consideró que el gobierno brasileño era responsable de violación de los derechos de la mujer, dada la práctica generalizada de tolerancia gubernamental frente a la violencia doméstica, que fue evidente en la ineficacia de la aplicación de la ley en este caso.⁵²

julio, 2003; y Caso 10.772, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1994), p.181, <www.cidh.org/annualrep/93eng/elsalvador.10772.htm>, visitada el 11 de julio 2003.

⁴⁸ Véase Caso 11.565, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001), p. 1097, <www.cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Mexico11.565.htm>, visitada el 11 de julio, 2003.

⁴⁹ Véase Caso 10.970, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7 rev. (1996), p. 157, <www.cidh.org/annualrep/95eng/Peru10970.htm>, visitada el 2 de junio, 2003; y Caso 11.756, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev. (1999), p. 198, <www.cidh.org/annualrep/98eng/Admissibility/Peru%2011756.htm>, visitada el 11 de julio, 2003.

⁵⁰ Véase *ibid.*, Caso 10.970, p. 157.

⁵¹ Véase Caso 7920, *supra* nota 38.

⁵² Véase Caso 12.051, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. (2001), p. 704, <www.cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Brazil12.051.htm>, visitada el 11 de julio, 2003.

2. Salud reproductiva, intimidad y autonomía

a. Discriminación por embarazo

La CIDH abordó la discriminación por embarazo en un caso en el año 2000: a una estudiante chilena de 15 años se le negó la inscripción en una escuela pública porque estaba embarazada. La solución amistosa acordada entre el gobierno chileno y los peticionarios consistió en el reconocimiento por parte del gobierno de que se habían violado los derechos de la peticionaria consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos; a saber: libertad de interferencia arbitraria o abusiva en la vida privada y protección igual ante la ley.⁵³

b. Aborto

El Sistema Interamericano estudió una petición contra Estados Unidos y la Commonwealth de Massachussets en el caso conocido como “Baby Boy”, en el que la Corte Suprema de Massachussets absolvió al doctor Kenneth Edelin por haber realizado un aborto el 3 de octubre de 1973 en Boston.⁵⁴ La CIDH declaró explícitamente que el derecho a la vida protegido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no podía ser interpretado como protección a la vida del feto y como prohibición del aborto legal.⁵⁵

⁵³ Petición N° 12.046, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2003), <www.cidh.org/annualrep/2002eng/Chile12046.htm>, visitada el 12 de julio, 2003.

⁵⁴ Véase Caso 2141, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), pár. 30, <www.cidh.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm>, visitada el 12 de julio, 2003.

⁵⁵ Véase *ibid.*, pár. 14. La Comisión declaró que “Cuando se trata de la cuestión del aborto, hay dos aspectos que destacan de la elaboración del derecho a la vida de la Convención. Primero, la frase ‘en general’. En las sesiones para la redacción en San José, se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes de una futura Convención pudieran incluir en su legislación nacional ‘los casos más diversos de aborto’ (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/XVI/1.2, p. 159.) Segundo, la última frase se centra en las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la realización de un aborto viola el criterio del Artículo 4, se debe considerar, por tanto, las circunstancias en las que se ejecutó. ¿Fue un acto ‘arbitrario’? Un aborto que fue ejecutado sin causa sustancial basada en la ley podría ser incongruente con el Artículo 4”.

Pero donde se ha desarrollado más el tema del aborto es en el ámbito europeo. La CEDH ha abordado la cuestión del aborto dentro del campo del derecho a la vida, del derecho a la vida privada y, primordialmente, del derecho a la libertad de expresión. No obstante, ha insistido en que, como las legislaciones nacionales sobre el aborto difieren considerablemente, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. Por esto, la CEDH ha vacilado en apoyar plenamente el derecho absoluto de las mujeres al aborto.⁵⁶ Es de subrayar, al contrario, la explícita y contundente protección a la libertad de expresión para recibir e impartir información sobre el aborto.⁵⁷

c. Inspecciones vaginales

El caso X e Y contra Argentina, presentado a la CIDH en 1996, pretendió suspender la práctica de las inspecciones vaginales a las mujeres que visitaban presos en las cárceles de ese país. La CIDH llegó a la conclusión de que las inspecciones constituían una invasión al cuerpo de las mujeres, y violaba sus derechos a la intimidad, a la integridad física y psicológica, a la protección de la familia y a los derechos de la infancia.⁵⁸ La decisión establecía, además, la estrecha co-

⁵⁶ La CEDH consideró que el aborto a solicitud dentro de las 12 primeras semanas, y entre la doceava semana hasta la 18ava, con la autorización previa de un consejo formado por dos médicos, estaba dentro de la discreción del Estado. Véase Caso *H. v. Norway*, ECHR, decisión sobre la admisibilidad del 19 de mayo, 1992, N° 17004/90, <<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=714161648&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>>, visitada el 14 de julio, 2003. Véase también Caso *Paton v. United Kingdom* (app. N° 8416/78), ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. 3, 1980, p. 408. La Comisión Europea ha declarado que no todas las restricciones a la interrupción de un embarazo no deseado constituyen una interferencia al derecho a respetar la vida privada de la madre. Además, la Comisión sostuvo que ese derecho no se podía interpretar que significara que el embarazo y su interrupción son, en principio, únicamente asuntos de la vida privada de la madre, puesto que cuando una mujer está embarazada, su vida privada está estrechamente conectada con la vida del feto. Véase Caso *Bruggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (app. N° 6959/75), ECHR, en *European Human Rights Reports*, vol. 3, 1977.

⁵⁷ Véase Caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, ECHR, en *European Human Rights Reports*, ser. A, vol. 15, N° 246, 1992, Juicio, p. 244.

⁵⁸ La CIDH observó, no obstante, que las inspecciones vaginales se podían realizar en consonancia con la Convención, si todas las condiciones de la prueba de cuatro partes de la CIDH se cumplían. Es decir, que la legalidad

nexión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física y psicológica. La CIDH estableció que el derecho a la intimidad abarca la protección de la integridad física y moral de la persona.⁵⁹

A pesar de ser restringida, la jurisprudencia sobre derechos de las mujeres, generada por los Sistemas Interamericano y de la ONU, ha dado grandes pasos en la protección de asuntos de intimidad y en la definición de la responsabilidad estatal. El compromiso real de los Estados con la garantía y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se reflejará, entre otros, en los esfuerzos que realicen para promover los derechos a la salud y a la no-discriminación, así como en la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por acciones relacionadas con esos derechos.

V. PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN AMÉRICA LATINA: CASOS QUE HA LITIGADO EL CDR Y ORGANIZACIONES ASOCIADAS

Un proyecto crucial del programa latinoamericano del Centro de Derechos Reproductivos, CDR, en colaboración con organizaciones nacionales de derechos de las mujeres, ha sido el análisis de las leyes y políticas que afectan la vida reproductiva de las mujeres de la región. Los resultados de esta iniciativa han servido de base para desarrollar estrategias, y formular, documentar y denunciar violaciones a los derechos reproductivos como una forma de violación de los derechos humanos.⁶⁰

de una inspección o búsqueda vaginal en un caso particular: 1) debe ser absolutamente necesaria para alcanzar el objetivo de seguridad en el caso particular; 2) no debe existir ninguna opción alternativa; 3) se ha de determinar mediante una orden judicial; y 4) la debe llevar a cabo un profesional de la salud adecuado. Véase Caso 10.506, CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/1.95, doc. 7 rev. (1997), <<http://www.cigh-org/annualrep/96eng/Argentina11506.htm>>, visitada el 11 de julio, 2003.

⁵⁹ Véase *ibid.*, p. 50.

⁶⁰ Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y DEMUS, *Mujeres del mundo 2000*, *supra* nota 12; y CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y DEMUS, *Mujeres del mundo*, *supra* nota 17. Estos informes se publicaron como parte de la serie *Mujeres del mundo*, que ha abarcado regiones como África y Europa Central y del Este.

Para llevar a cabo este objetivo, el Centro, asociado con organizaciones de la sociedad civil latinoamericana, ha elaborado informes que documentan patrones de violaciones, y ha seleccionado casos ilustrativos sobre el papel que desempeñan los gobiernos en la protección de los derechos humanos de las mujeres. Así, el Centro, en asociación con CLADEM, el Centro de Consejería para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (DEMUS) y CEJIL, ha llevado cuatro casos ante la CIDH y la CDHNU.

Los casos litigados por estas organizaciones asociadas revelan varios tipos de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y demuestran la inexistencia o inaplicabilidad de leyes y políticas que aseguren la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Las negociaciones de dos de los casos resultaron en la aprobación de políticas cuyo objetivo es eliminar dichas violaciones a los derechos. Los otros dos casos no han sido decididos. Aunque tres de los cuatro casos implican al gobierno de Perú, esto no significa que este tipo de violaciones sean exclusivas de ese país. Como ya mencionamos, los casos que vamos a describir representan violaciones a los derechos sexuales y reproductivos que ocurren en toda la región. Iniciar y desarrollar una estrategia conjunta de litigio internacional depende del apoyo de grupos locales establecidos. CLADEM y DEMUS, ambos con sede en Perú, gozan de la reputación y experiencia necesarias para llevar con éxito casos al ámbito internacional.

A. INTEGRIDAD FÍSICA Y SEGURIDAD: MM CONTRA PERÚ⁶¹

En 1996, MM fue a la sala de urgencias del Hospital Carlos Monge Medrano en Juliaca, Perú, quejándose de dolor de cabeza y fiebre. La examinó el doctor Salomón Horna, quien le pidió que se quitara la ropa. Para su sorpresa y confusión,

⁶¹ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS y CLADEM, *Silencio y complicidad: violencia contra las mujeres en los servicios públicos de salud en el Perú*, Centro de Derechos Reproductivos, Nueva York, 1999. El Caso de MM, que inicialmente llevó el grupo peruano Movimiento Manuela Ramos, fue identificado durante la investigación para este informe y se demostró que era un caso viable para presentar ante la CIDH. Véase también SONALY TUESTA y MARIELA SALA (eds.), *Buscando justicia*, Movimiento Manuela Ramos, Lima, 2000.

el médico le hizo un examen ginecológico. Después la convenció de que necesitaba seguir con el examen en su consultorio privado, donde tenía el instrumental necesario para tratarla. MM lo acompañó a su consultorio privado, que estaba fuera del hospital. Lo último que MM recuerda fue que la anestesiaron. Cuando despertó, estaba desnuda y el médico estaba de pie junto a ella con las manos con sangre y los pantalones a medio subir.

El mismo médico había sido acusado con anterioridad de intento de violación de una adolescente de 15 años. El proceso penal peruano inicialmente exculpó a Horna. El Centro, CLADEM y CEJIL documentaron el caso y presentaron una petición a la CIDH, alegando que los procesos administrativo y judicial discriminaron a MM y violaron sus derechos establecidos en diversos tratados internacionales. La petición esgrimía que la violación por un médico que trabajaba para el sistema público de salud violaba el derecho a la vida de MM,⁶² además de su derecho a la integridad física y psicológica.⁶³

Este fue el primer caso presentado ante la CIDH en el que se afirma que un Estado tiene responsabilidad internacional por las violaciones cometidas por el sector público de salud. La petición alegaba, además, que las afrentas contra MM estaban originadas en su situación económica, su juventud y origen étnico.⁶⁴ La violación de protocolos médicos para el examen realizado puso en peligro la salud de MM y violó sus derechos a la salud,⁶⁵ la libertad y el consentimiento libre e informado de un procedimiento médico.⁶⁶ Por último, la peti-

⁶² Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 4. Véase también Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, arts. 3, 4.

⁶³ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 5. Véase también Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, arts. 1, 4, 7.

⁶⁴ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 1.

⁶⁵ Véase Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado 17 de noviembre, 1988: entró en vigor 16 de noviembre, 1999 [en adelante Protocolo de San Salvador]; véase también Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 2; CEDAW, *supra* nota 27.

⁶⁶ Convención Americana, *supra* nota 34, art. 7; PIDCP, *supra* nota 27; véase también Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre, 1948, G.A. Res. 217^a(III), N.U. Doc. A/810 (1948), p. 71, arts. 3, 12 [en adelante Declaración Universal].

ción alegó que hubo abuso sexual,⁶⁷ violándose la intimidad, autonomía sexual y dignidad de la víctima.⁶⁸ En la petición también se sostenía que el gobierno peruano había negado a MM el derecho a la investigación plena de su denuncia y a un juicio por un tribunal imparcial en un periodo razonable de tiempo.⁶⁹ Miembros del poder judicial habían violado ulteriormente el derecho de MM a protección judicial presidiendo un proceso plagado de sesgos y prejuicios de género.⁷⁰ La fiscalía y el juez investigador llevaron a cabo una investigación negligente e ineficaz y evaluaron arbitrariamente las pruebas.

El 6 de marzo de 2000, después de varios meses de negociaciones entre representantes del gobierno y de CLADEM, CEJIL y el CDR, las partes firmaron un acuerdo amistoso que sigue siendo supervisado por la CIDH. El gobierno peruano aceptó compensar a MM y reportar a Horna al Colegio Médico de Perú para que fuera sancionado profesionalmente. Además, aceptó crear una comisión que supervisara el cumplimiento de los términos del acuerdo. Como Horna ya había sido absuelto por la ley peruana y no se le podía prohibir ejercer la medicina, fue trasladado a la farmacia del hospital, donde no podía interactuar directamente con los pacientes. En cierto momento, el hospital requirió sus servicios para tratar a una paciente en una urgencia, y ha sido acusado de violarla. La resolución de este caso penal está pendiente; sin embargo, la asociación médica le retiró la licencia. Los intentos de Horna de seguir trabajando en el sector público de salud y las otras obligaciones del gobierno en conformidad con el acuerdo de solución siguen siendo supervisados por la CIDH.

⁶⁷ Véase Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 3.

⁶⁸ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 11; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4; Declaración Universal, *supra* nota 66, art. 12; PIDCP, *supra* nota 27, art. 17.

⁶⁹ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 8.

⁷⁰ Véase *ibid.*, art. 25; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4.

*B. SALUD REPRODUCTIVA, INTIMIDAD Y AUTONOMÍA: MARÍA MAMÈRITA MESTANZA CHÁVEZ VERSUS PERÚ*⁷¹

Este caso ilustra las consecuencias adversas de la política de planificación familiar de Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990 a 2000). Esa política estaba más interesada en lograr metas cuantitativas que en garantizar los derechos reproductivos de las mujeres.⁷²

Mestanza era una mujer de 33 años de la zona rural de Cajamarca, que vivía con su pareja y sus siete hijos. En 1996, funcionarios del Centro de Salud del Distrito de Encañada amenazaron con reportar a Mestanza y su compañero a la policía si no se dejaba practicar la esterilización quirúrgica. La amenaza se basaba en que, tener más de cinco hijos era un crimen. El compañero de Mestanza aceptó que se la sometiera a una ligadura de trompas. La cirugía se realizó sin un examen médico previo y los funcionarios esperaron al día después de la operación para dar a Mestanza un formulario de consentimiento médico, que no le leyeron aunque sabían que ella era analfabeta. Mestanza fue dada de alta sin reparar en las complicaciones médicas que presentaba. Días después, su compañero informó al personal médico del Centro

⁷¹ Aunque el caso de Mestanza implica violaciones al derecho a la integridad física, decidimos ubicarlo en la sección de autonomía reproductiva porque también implica la violación del derecho a la autonomía reproductiva, que es representativo de las prácticas que tenían lugar en Perú en aquel momento.

⁷² Véase CLADEM, *Nada personal: reporte de Derechos Humanos sobre la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en el Perú 1997-1998*, CLADEM, Lima, 1999. En 1995, cuando iniciaba su segundo periodo en el cargo, el Presidente peruano Alberto Fujimori declaró que las mujeres serían a partir de entonces “dueñas de su propio destino” y anunció medidas para “democratizar” los servicios de planificación familiar. Ese mismo año, el Congreso de Perú modificó la Ley Nacional de Población para incluir la esterilización quirúrgica voluntaria como parte de las opciones que ofrecía el sistema de salud pública. La legislación ordenaba claramente que la esterilización se debía llevar a cabo sólo como resultado de la elección libre e informada de la persona, sin ninguna presión ni recompensa. No obstante, en 1996 algunos grupos locales de mujeres y organizaciones de derechos humanos empezaron a expresar preocupaciones por abusos en el programa, y en 1997 llegaron las primeras quejas al despacho del defensor del público. Al mismo tiempo, se supo que el gobierno estaba ejerciendo presión en funcionarios de salud pública para que alcanzaran determinadas metas numéricas regionales de esterilizaciones. Dicho sin rodeos, se puso de manifiesto que se obligaba a esterilizar a mujeres pobres de zonas rurales.

de Salud que la salud de Mestanza estaba empeorando. Los médicos se negaron a tratarla e insistieron en que sólo sufriría de los efectos post-operatorios de la anestesia. Mestanza murió en su casa nueve días después de la operación.

El caso de Mestanza se presentó inicialmente a la Comisión el 15 de junio de 1999 por CLADEM, DEMUS y la Asociación de Derechos Humanos (APODEH). El CDR y CEJIL participaron como peticionarios el 12 de abril de 2000. La petición alegaba violaciones a los derechos a la vida⁷³ y la integridad personal,⁷⁴ el derecho a la salud⁷⁵ y al consentimiento libre e informado.⁷⁶ Se invocó además trato negligente, cruel, inhumano y degradante.

En el caso de Mestanza, la política de planificación familiar se aplicó claramente de manera discriminatoria,⁷⁷ cuando los funcionarios de salud dieron a su pareja y no a ella el poder único de decidir si Mestanza debía someterse a una esterilización.⁷⁸

Aunque los miembros de la familia de Mestanza presentaron una denuncia, se les negó un recurso judicial efectivo porque las autoridades estatales llevaron a cabo una investigación imparcial en torno a su muerte. Las peticionarias lograron que el caso se declarara admisible con base en que la protección judicial y el acceso a la justicia constituyen derechos humanos fundamentales. Estos derechos son la base para la realización de todos los demás porque garantizan la seguridad legal de un tribunal independiente e imparcial que regule, repare y ordene la compensación por cualquier tipo de acto ilegal.⁷⁹

En marzo de 2001, el gobierno peruano firmó un acuerdo inicial reconociendo su responsabilidad legal internacional por la violación de los derechos de Mestanza. En octubre de

⁷³ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 4; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, arts. 3, 4.

⁷⁴ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 5; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, arts. 1, 4, 7.

⁷⁵ Véase Protocolo de San Salvador, *supra* nota 65, art. 10; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 2; CEDAW, *supra* nota 27, art. 12.

⁷⁶ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 7; PIDCP, *supra* nota 27, art. 9; Declaración Universal, *supra* nota 66, art. 3.

⁷⁷ Véase Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4.

⁷⁸ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 1.

⁷⁹ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 25; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4.

2002, aceptó en principio un arreglo,⁸⁰ que sólo firmó y aceptó de manera definitiva en agosto de 2003. El acuerdo provee compensación económica a la familia de Mestanza, castigo a los responsables de las violaciones, modificación de la legislación y las políticas discriminatorias, e insta a la implementación de las recomendaciones del Ombudsman de Perú, que incluyen el mejoramiento de las evaluaciones pre-operatorias de las mujeres que son esterilizadas, exigiendo una mejor capacitación del personal de salud, creando un procedimiento para garantizar el manejo oportuno de las denuncias de las pacientes dentro del sistema de atención a la salud, e implementando medidas para garantizar que las mujeres puedan dar un auténtico consentimiento informado, incluido un periodo de espera de 72 horas antes de la esterilización.

C. ABORTO: PAULINA RAMÍREZ CONTRA MÉXICO

El aborto optativo es un procedimiento ilegal en casi toda América Latina. Sin embargo, su ilegalidad no ha significado la inexistencia de la práctica, sino inseguridad, como lo han reconocido algunos de los organismos para la supervisión de tratados de ONU.⁸¹ De otra parte, cuando se tiene derecho a un aborto legal, las mujeres deben hacer frente a funcionarios que buscan imponer sus propias creencias personales. La negativa de los médicos a practicar abortos legales es común en países como México, Argentina, Perú y Bolivia. Diversas organizaciones han empezado a llamar la atención internacional sobre esta situación y a buscar reparación para las víctimas, a crear conciencia de las violaciones a los derechos reproductivos como violaciones de los derechos humanos y a apoyar esfuerzos más amplios para promover reformas legales.

⁸⁰ Como parte del acuerdo, el gobierno peruano ha aceptado indemnizar al marido sobreviviente de la víctima y a siete hijos, y llevar a cabo una investigación a fondo para castigar a los responsables de las violaciones de los criterios legales peruanos e internacionales. No obstante, hasta la fecha el gobierno peruano no ha cumplido los términos con los que se comprometió en el acuerdo.

⁸¹ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y PROGRAMA INTERNACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LA UNIVERSIDAD DE TORONTO, *Haciendo de los derechos una realidad*, *supra* nota 27, p. 17.

Paulina Ramírez tenía 13 años cuando fue violada por un desconocido en su casa de Baja California, México, el 31 de julio de 1999. Denunció la violación en la Agencia del Ministerio Público Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Doméstica, que a pesar de conocer la anticoncepción de emergencia (AE), no le ofreció ni información ni acceso. Semanas después, una ginecóloga particular le comunicó que estaba embarazada, y una funcionaria del Ministerio Público le concedió autorización para que le realizaran un aborto en un hospital estatal.⁸² En dos ocasiones, Ramírez ingresó al hospital para poner término a su embarazo, pero le dieron diversas excusas para no realizarle el aborto. Durante los dos meses siguientes, Ramírez y su madre fueron presionadas implacablemente por las autoridades para que cambiaran de parecer sobre el aborto. Un abogado de la Procuraduría las llevó incluso a ver a un sacerdote católico que las amenazó con la excomunión si insistían en realizar el aborto.

En una de sus estancias en el hospital, la visitaron dos mujeres que le mostraron imágenes explícitas e inquietantes de métodos abortivos, violando así sus derechos a la dignidad, intimidad⁸³ y consentimiento informado.⁸⁴ Por último, horas antes de la realización del aborto programado, la madre de Ramírez se reunió con el director del hospital, quien al hablarle de los riesgos del procedimiento le dijo que si algo le sucedía a Paulina, sería culpa suya,⁸⁵ con lo que la madre se sintió obligada a retirar su consentimiento. El aborto no se realizó.

⁸² Según el Artículo 136 del Código Penal del Estado de Baja California, la violación es una de las excepciones permisibles a la ley penal del aborto y Ramírez tenía, por lo tanto, derecho al aborto.

⁸³ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 11; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4; Declaración Universal, *supra* nota 66, art. 12; PIDCP, *supra* nota 27, art. 17.

⁸⁴ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 7; PIDCP, *supra* nota 27, art. 9; Declaración Universal, *supra* nota 66, art. 3.

⁸⁵ El médico exageró y falseó los riesgos asociados con el aborto, y omitió mencionar los riesgos de llevar un embarazo a término para una adolescente. Véase GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (GIRE), *Paulina, en nombre de la Ley*, GIRE, Coyoacán, 2000. Proporcionar a Ramírez información inadecuada sobre los riesgos del aborto sin darle información sobre los riesgos del embarazo adolescente puso en peligro el derecho de la menor a la integridad física.

El Centro y las organizaciones Alaíde Foppa y Epikeia presentaron el caso a la CIDH el 8 de marzo de 2002.⁸⁶ La petición ante la CIDH establece que el Estado violó la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana,⁸⁷ especialmente por la falta de garantías judiciales y de protección.⁸⁸ En México, la excepción por violación a la prohibición del aborto no está regulada, lo que permite que los funcionarios públicos desatiendan su obligación de respetar y garantizar los derechos⁸⁹ de las mujeres a la integridad física y psicológica, salud, libertad, consentimiento informado, dignidad, intimidad⁹⁰ y libertad de conciencia.⁹¹

La Comisión no ha admitido todavía formalmente el caso, y las organizaciones peticionarias y el gobierno mexicano comenzaron un proceso de solución amistosa en octubre de 2004. La estrategia de cabildeo local y la colaboración de las peticionarias con organizaciones mexicanas ha desempeñado un papel clave en la promoción del caso ante la CIDH.⁹²

⁸⁶ Alaíde Foppa es una organización de derechos de las mujeres con sede en Baja California. Ha trabajado como consejera local de Paulina desde 2000. Epikeia es una organización de derechos humanos con sede en la Ciudad de México.

⁸⁷ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 1.

⁸⁸ Véase *ibid.*, art. 8.

⁸⁹ El gobierno mexicano violó claramente su obligación de respetar y garantizar el derecho de Ramírez a la salud al negarle su derecho al aborto y, además, forzándola a llevar a término un embarazo no deseado que alteró su bienestar y la obligó a enfrentar los riesgos de un embarazo adolescente, circunstancia que en sí misma amenaza la vida y la salud de una menor.

⁹⁰ Véase Convención Americana, *supra* nota 34, art. 11; Convención de Belém do Pará, *supra* nota 7, art. 4; Declaración Universal, *supra* nota 66, art. 12; PIDCP, *supra* nota 27, art. 17.

⁹¹ Finalmente, las autoridades mexicanas violaron el derecho fundamental de Ramírez a la libertad de creencia y religión, imponiéndole sus convicciones religiosas personales y abandonando con ello su función como servidores públicos de un Estado laico que está obligado a respetar el derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo de acuerdo con la ley.

⁹² A lo largo del proceso, las copeticionarias del caso han trabajado en estrecho contacto con ONG mexicanas locales en un intento de incrementar y promover el entendimiento de la estrategia internacional de defensa del caso. La estrategia se ha promovido a través de los medios de comunicación, con cobertura de prensa, radio y televisión, así como con la participación en conferencias internacionales. Véase GIRE, *Paulina, en nombre de la Ley*, *supra* nota 85.

*D. DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA: KAREN NOELIA
LLONTOY HUAMÁN CONTRA PERÚ*

La interpretación restringida del derecho a la salud reproductiva es otro problema acuciante en América Latina. Aunque en Perú existe el aborto legal por razones terapéuticas,⁹³ al igual que en México, nunca se han aprobado reglamentaciones que lo garanticen y que eviten que las mujeres cuyos embarazos pueden poner en peligro su salud queden a merced de funcionarios públicos.

Karen Noelia Llontoy Huamán tenía 17 años y un embarazo de 14 semanas cuando los médicos de un hospital público en Lima descubrieron que el feto era anencefálico, es decir, que le faltaba la mayor parte o todo el cerebro anterior. Este tipo de anomalía congénita es mortal y entra dentro de los principios médicos que requieren un aborto terapéutico. Después de mucho examen de conciencia, Huamán decidió someterse al procedimiento, pero el director del hospital público determinó que el caso no entraba en la excepción terapéutica y le negó el acceso al aborto.⁹⁴ El 13 de enero de 2002, Huamán dio a luz a la criatura, a la que se le obligó a amamantar hasta que murió cuatro días después.

La denuncia⁹⁵ se presentó ante el CDHNU el 8 de noviembre de 2002. Se afirma que el embarazo de Huamán puso gravemente en riesgo su vida y amenazó su salud física y psicológica. Aducía que la segunda mitad de su embarazo fue una clara violación de los criterios internacionales que prohíben la violencia contra las mujeres, así como el tratamiento cruel, inhumano y degradante por parte de los funcionarios estatales. La denuncia estuvo respaldada por médicos especialistas, que abordaron los riesgos médicos que sufrió Huamán.

⁹³ CABAL *et. al.*, *Cuerpo y Derecho*, *supra* nota 15, p. 447, n. 221.

⁹⁴ En Perú, el aborto es legal por razones terapéuticas. No obstante, como Perú no ha aprobado reglamentaciones claras, las mujeres cuya salud corre peligro por este tipo de embarazos son abandonadas a merced de funcionarios públicos. En este caso, a pesar de los claros criterios médicos en contra, el director del hospital determinó que el caso de Karen no encajaba en la excepción terapéutica y se negó a permitirle el procedimiento.

⁹⁵ La petición la presentaron las ONG copeticionarias: CLADEM, DEMUS y el Centro de Derechos Reproductivos.

Perú reconoce la autoridad del CDHNU para examinar denuncias individuales, para determinar si ha habido violaciones al PIDCP y para indicar reparaciones en casos no resueltos eficazmente en el país. Con base en ese compromiso, las organizaciones peticionarias pidieron al CDHNU que declarara la responsabilidad del Estado peruano en este caso y recomendará la compensación por graves sufrimientos. Además, las organizaciones peticionarias hicieron público un plan recomendando la aprobación de regulaciones para abortos legales. El CDHNU aún no ha decidido el caso.

Tanto en *Ramírez contra México* como en *Huamán contra Perú*, la negación del acceso a servicios de aborto legal y seguro no sólo infringió los derechos de esas mujeres a la vida y a la salud, sino que violó procesos judiciales y legislativos locales. Ambos casos se han enfrentado con obstáculos políticos y han sido sometidos a un escrutinio que rebasa el ámbito jurídico.⁹⁶

El proceso y los resultados de estas acciones muestran que el litigio internacional de los derechos humanos puede brindar oportunidades para abogar eficazmente por los derechos reproductivos. Estos casos han contribuido a despertar conciencia de los derechos reproductivos a nivel nacional e internacional. Ilustran cómo un caso puede revelar patrones de violación de los derechos humanos de las mujeres que se han de abordar, no sólo a nivel individual, sino también en las leyes y las políticas. Los hechos de estos casos muestran también la necesidad de responsabilizar a los sistemas públicos de salud, incluso a nivel internacional, y que el movimiento para lograr el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres como derechos humanos se ha de librar internacionalmente, participando en conferencias mundiales y en la redacción de tratados, así como en ámbitos internacionales judiciales y quasi-judiciales. Además, estos casos revelan los problemas considerables que enfrentan las organizaciones cuando tratan de responsabilizar a los gobiernos por violar los derechos reproductivos de las mujeres.

⁹⁶ Debido al carácter confidencial de la estrategia y dado que estos casos están en etapas iniciales del proceso, no podemos proporcionar información más detallada.

VI. OPORTUNIDADES, RETOS Y LIMITACIONES DEL USO DEL LITIGIO INTERNACIONAL PARA PROMOVER LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Para garantizar la efectividad de los cambios legislativos se requiere su adecuada implementación y aplicación. La nascente jurisprudencia internacional sobre derechos reproductivos de las mujeres surgió en respuesta a recurrentes y dramáticas violaciones cometidas a pesar de contar con contextos legales de abierta protección.

El litigio internacional también ha influido en el discurso de los derechos humanos y ha contribuido a la articulación de estándares de interpretación que pueden contribuir a establecer parámetros internacionales de protección adecuada. También ha promovido la difusión de nuevos estándares de interpretación, incluido el que aboga por la responsabilidad internacional en la defensa de los derechos reproductivos. El litigio ha revelado la brecha entre los criterios nacionales e internacionales sobre derechos humanos, cuya aplicación en los tribunales latinoamericanos ha ayudado a documentar, supervisar y hacer públicas graves y/o sistemáticas violaciones a los derechos de las mujeres. Por último, el litigio ha contribuido a crear conciencia pública sobre temas tradicionalmente no considerados de derechos humanos.⁹⁷ Los retos, sin embargo, son importantes.

A. OPORTUNIDADES

El litigio internacional brinda la oportunidad de reparar violaciones de los derechos humanos y de efectuar cambios en el seno de los sistemas internacional y nacional de derechos humanos.⁹⁸ Puede también contribuir a la protección de los

⁹⁷ Por ejemplo, las peticionarias en el caso de MM querían destacar violaciones al derecho al acceso a servicios de salud reproductiva no discriminatorio, no coercitivo y de calidad. El caso de MM fue ilustrativo de las violaciones, incluida la violencia sexual, que sufren las mujeres pobres en Perú cuando tienen acceso a servicios de salud. El caso de Mestanza también brindó la oportunidad de mostrar que el gobierno peruano estaba poniendo en práctica una política de planificación familiar que violaba los derechos humanos de las mujeres. El caso brindó una nueva oportunidad de defender la eliminación de metas demográficas del programa de salud reproductiva y planificación familiar.

⁹⁸ Para una descripción y análisis completos de reparaciones concretas a las

derechos, promoviendo procesos de negociación entre los gobiernos y los peticionarios cuyas soluciones y acuerdos pueden influir en las estrategias futuras y contribuir a establecer precedentes para otros casos en organismos nacionales, regionales e internacionales. En este sentido, una estrategia de litigio que incorpore una perspectiva comparada puede desempeñar un papel clave en la promoción y aceptación cultural de los derechos reproductivos como derechos humanos. Activistas y diversos organismos de vigilancia pueden utilizar la jurisprudencia naciente y los ejemplos positivos se pueden utilizar de manera persuasiva.⁹⁹

Sin embargo, la experiencia descrita ha mostrado que promover la protección de los derechos reproductivos a través de casos individuales no es suficiente. La estrategia ha de incluir la sensibilización de quienes toman decisiones sobre cuestiones específicas. Los esfuerzos de las organizaciones locales y la colaboración entre organizaciones son cruciales para hacer públicas las violaciones a nivel internacional. La participación de organizaciones internacionales a través del litigio puede contribuir a incrementar la conciencia internacional sobre cuestiones regionales que de otro modo no se conocerían.¹⁰⁰ Esto puede a su vez ayudar a ejercer presión sobre los gobiernos nacionales. El litigio también puede ser el complemento de esfuerzos de movimientos sociales más amplios o de instituciones que tratan de destacar violaciones a los derechos humanos, reformar leyes y efectuar cambios en actitudes culturales.

La interacción de procesos legales internacionales y nacionales y los esfuerzos de defensa de los mismos pueden tener una profunda influencia en el discurso local. Por ejemplo, a pesar de que la Constitución Federal argentina carece de

víctimas de acuerdo con el Derecho internacional, véase PASQUALUCCI, *supra* nota 39. Véase también DINAH SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁹⁹ Las peticiones del Centro han incorporado con frecuencia recomendaciones generales y jurisprudencia del Sistema de Supervisión de Tratados de Naciones Unidas y de la Corte Europea de Derechos Humanos para respaldar argumentaciones específicas.

¹⁰⁰ En este aspecto, el caso de Mestanza y los informes sobre esterilización coercitiva en Perú realizados por organizaciones regionales como CLADEM, así como los esfuerzos que ha hecho el Centro en estrategias para hacer públicas esas violaciones, fueron importantes para atraer la atención internacional sobre el tema.

una protección explícita de los derechos sexuales y reproductivos, la incorporación directa de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos más importantes garantiza al menos una protección mínima de los derechos reconocidos internacionalmente por los tribunales argentinos. Además, la Corte Suprema argentina ha reconocido la autoridad de la CIDH y los tribunales argentinos están obligados a actuar de conformidad con la jurisprudencia que emana del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁰¹

Aun cuando se tarde muchos años en llegar a una solución final o a que se emita una recomendación, o incluso si el litigio no logra en último término su objetivo, litigar sigue siendo una oportunidad de atraer la atención nacional e internacional sobre un problema.¹⁰² En muchos casos de derechos reproductivos, el proceso de examen de la CDHNU llega a ser crucial. Esto es especialmente cierto cuando no hay voluntad política de lograr una reforma legal o cuando la revisión judicial es inexistente o se guía por consideraciones políticas.¹⁰³

B. RETOS Y LIMITACIONES

La primera limitación del litigio internacional que podemos identificar está relacionada con el carácter, aún frágil, de la democracia en América Latina. Los defensores de derechos humanos deben contemplar y tomar en cuenta el contexto local, político, social y cultural en el que tendrá lugar el litigio. Dentro de este contexto, las organizaciones nacionales tienen que hacer frente a enormes problemas, incluidos sistemas judiciales dependientes, funcionarios gubernamentales arbitrarios, recursos gubernamentales inadecuados, actitudes públicas negativas frente a la ley y limitaciones económicas.

Una segunda limitación es de carácter temporal: el litigio internacional es muy lento y las posiciones del gobierno pue-

¹⁰¹ CABAL *et. al.*, *Cuerpo y Derecho*, *supra* nota 15, p. 52.

¹⁰² Caso *Toonen v. Australia*, *supra* nota 41.

¹⁰³ Por ejemplo, *Toonen v. Australia*, *supra* nota 41, lo presentaron ante el Comité de Derechos Humanos activistas australianas que pretendían abolir las leyes nacionales de sodomía.

den verse afectadas durante su transcurso por cambios en las administraciones.

Un tercer obstáculo radica en la autoridad limitada de muchas organizaciones de la sociedad civil, lo que hace que pocas veces puedan contribuir a la movilización en favor del cambio social o puedan alentar el trabajo voluntario y gratuito de abogados, consultorios jurídicos u otras instituciones.

Un cuarto impedimento está relacionado con los jueces, miembros de comités y funcionarios. Éstos actúan en calidad individual y, a pesar de que se supone son expertos imparciales en el campo de los derechos humanos, con frecuencia son antiguos funcionarios o diplomáticos que han representado a su país y han defendido posiciones específicas sobre el tema que nos ocupa. Es deseable que los defensores tomen en consideración la composición de esos organismos y que investiguen qué clase de posiciones han asumido los diferentes miembros de una comisión o comité con respecto a determinado tema.

El proceso de toma de decisiones que emplean las organizaciones que presentan un caso puede ser también una quinta dificultad. Aunque las organizaciones compartan una agenda común, sus estrategias para llevar a cabo el proceso de litigio o la negociación con un gobierno pueden diferir. Es importante, por lo tanto, planear cuidadosamente estrategias internas y procesos de toma de decisiones. A pesar de que son las organizaciones locales las que determinan la legitimidad de una denuncia y hacen las sugerencias iniciales para llevar un caso al nivel internacional, es pertinente hacer preguntas sobre la rendición de cuentas de los defensores y sobre los grupos de la población que representan. Un ejemplo en este sentido es el cuestionamiento que reciben las denuncias presentadas por organizaciones internacionales geográficamente distantes de la región en cuestión. Esta tensión es un problema real que refleja y pone en tela de juicio la dinámica de poder Norte/Sur, y puede llegar a influir en el desarrollo de las estrategias.

Los grupos conservadores son otro de los desafíos importantes del litigio internacional. En el caso de los derechos reproductivos, estos grupos han aprendido que el litigio nacional puede ser una herramienta eficaz para defender sus pretensiones. Con esta finalidad han utilizado importantes

grupos de presión, como es el caso de la Iglesia católica. Por ejemplo, grupos conservadores en Argentina desafiaron la constitucionalidad de la Ley Nacional de Salud Reproductiva.¹⁰⁴ En Colombia, México y Chile la anticoncepción de emergencia ha sido impugnada en los tribunales, y podría poner en peligro el reconocimiento de los derechos reproductivos dentro del contexto de los derechos humanos, incluso en el nivel internacional. Los riesgos son mayores a medida que los grupos conservadores son más fuertes, como ocurre con el gobierno de Estados Unidos, que está financiando y poniendo en práctica agendas conservadoras en todos los niveles.

Finalmente, el tema de la financiación es apremiante debido a las crisis económicas cíclicas y al aumento del número de las ONG que buscan financiamiento. Financiadoras y donantes han de ser conscientes de la importancia de la sustentabilidad a largo plazo y del seguimiento de una estrategia de principio a fin. Los logros de un caso se pueden perder si no se dispone de recursos para promover la estrategia.

¹⁰⁴ La corte federal de menor jerarquía del Estado de Córdoba emitió un requerimiento ordenando al Ministro de Salud que se abstuviera de poner en práctica, a nivel federal, la Ley Nacional de Salud Reproductiva N° 25.673 hasta que se emitiera una decisión final.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA BÚSQUEDA
DE LA VERDAD, LA JUSTICIA Y
LA RECONCILIACIÓN
el caso del Perú¹

Julissa Mantilla Falcón

*Señores de la comisión, yo lo único que pido
es que el cuerpo de
mi esposo sea trasladado a un cementerio,
yo sé dónde está enterrado,
y que se encuentre a mi hijo, él es el único
niño varón que tengo.²*

INTRODUCCIÓN

La realidad internacional actual ofrece diversos ejemplos de sociedades que examinan su pasado en busca de justicia y reparación por las violaciones masivas a los derechos humanos de sus ciudadanos. Justicia transicional, derecho a la

¹ Una dedicatoria especial para el equipo de la Línea de Género, que asumió el reto de la incorporación de la perspectiva de género en la búsqueda de la verdad y de la justicia; especialmente a Cecilia Reynoso, Diana Portal, Melissa Bustamante y Carla Lecaros. Asimismo, el agradecimiento para José Burneo, Encargado del Equipo Jurídico, quien en todo momento apoyó la investigación realizada, y para Norma Rojas, amiga y colega en el difícil trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

² Testimonio recogido en la Audiencia Pública Temática sobre Violencia contra la Mujer, CVR, Lima, septiembre de 2002.

verdad, procesos de reconciliación, son conceptos que, incluidos en el lenguaje jurídico, expresan la necesidad de recuperar la memoria histórica para asegurar la justicia.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue concebido para determinar la responsabilidad internacional de los Estados en casos de violaciones cometidas por sus agentes o por particulares, actuando con su consentimiento y apoyo. Asimismo, cuando los autores de los hechos son individuos particulares, la responsabilidad del Estado dependerá de su actuación: si fue diligente o si hubo omisión intencional en su deber de prevenir e investigar los hechos violatorios, reparar los daños causados y sancionar a los responsables.

Existen, sin embargo, situaciones en las que la magnitud y las características de los hechos reflejan problemas más profundos que afectan la existencia y continuidad de las sociedades mismas. Es en estos contextos en los que surgen las comisiones de la verdad.³ Éstas buscan investigar violaciones masivas a los derechos humanos, analizar sus causas, entender su impacto sobre la población y diseñar propuestas de reparación para las víctimas y reformas institucionales que garanticen la no-repetición de lo sucedido.

Ésta es, sin duda, una muy difícil tarea, pero se hace aún más compleja cuando se pretende trabajar con una perspectiva de género; esto es, dejando de lado la neutralidad que acompaña tradicionalmente a las investigaciones de derechos humanos.

El presente trabajo muestra las características principales de las comisiones de la verdad y analiza las razones por las cuales es necesario que estos organismos incorporen una perspectiva de género en su trabajo. El texto se basa en la experiencia peruana y se apoya en los aportes derivados del trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de ese país.

³ Muchas de las comisiones de la verdad han utilizado también el término “Reconciliación” en su denominación. En este documento, generalizamos el uso de CV como siglas de estas entidades.

I. CONTEXTO DEL SURGIMIENTO DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD: EL DERECHO A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN

Al hablar de las violaciones de derechos humanos en América Latina que han sido investigadas por las comisiones de la verdad, es necesario referirse a las décadas de los sesenta y setenta, momento en que la crisis política desembocó en el inicio de gobiernos dictatoriales en cinco países de la región: Brasil (1964), Perú (1968), Uruguay (1972-1973), Chile (1973), Argentina (1966 y 1976). Estos regímenes de facto tenían entre sus objetivos principales eliminar cualquier amenaza a las estructuras sociales y de privilegios económicos existentes en los diferentes países,⁴ por lo que buscaron eliminar la participación política de las clases populares y trabajadoras. El principal argumento de defensa de los gobiernos militares de esa época era que sus acciones sólo se dirigían contra los grupos terroristas que buscaban destruir el orden político. Si bien en ese momento varios grupos armados estaban actuando en la región, muchas veces esto fue usado como una excusa para eliminar las posibilidades de acción política de la población.⁵

En forma paralela, en la región tuvo lugar una serie de conflictos armados que no sólo generaron crímenes masivos y violaciones a los derechos humanos, sino que forzaron el desplazamiento de familias y comunidades enteras que aún hoy no han logrado una reinserción efectiva en sus lugares de origen.

El final de los regímenes militares y la terminación, al menos aparente, de los conflictos armados enfrentó a los nuevos gobiernos con la catástrofe humanitaria. ¿Debían olvidar lo sucedido y mirar hacia adelante? ¿Podría hablarse de democracia si la impunidad se volvía el contexto de acción? ¿Cómo lidiar con los sectores de la población que a pesar de ser los más afectados eran tradicionalmente excluidos del acceso a la justicia? En este contexto, muchos de los responsables de los hechos criminales trataban de llegar a acuerdos que

⁴ LARS SCHULTZ, *Human Rights and United States Policy Toward Latin America*, Princeton University Press, Princeton, 1981, p. 7.

⁵ *Ibid.*, p. 13.

les garantizaran el perdón y la amnistia a sus acciones, a cambio de permitir el paso a la democracia. Así, las preguntas se transformaron en dilemas: ¿cómo plantear la reconciliación en medio de enfrentamientos y cuentas pendientes? ¿Cómo conciliar la necesidad de continuidad del Estado con los reclamos de verdad, memoria y justicia?

Éste fue el contexto y el origen de las primeras comisiones de la verdad en la región. En este proceso, la labor de las organizaciones de derechos humanos y su reivindicación del derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reconciliación fue fundamental.

EL DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad, derecho en el cual se funda el trabajo de las comisiones, es definido como un principio emergente del Derecho Internacional que debe ser enmarcado en el derecho a la justicia de los sobrevivientes y de las víctimas de crímenes de lesa humanidad.⁶ El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que la Nación tiene el derecho de conocer la verdad “sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal”.⁷ Reconoce así que, además de una dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual cuya titularidad la ostentan las víctimas, sus familias y sus allegados.⁸

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas⁹ ha reconocido el derecho de las víctimas de violaciones de de-

⁶ JUAN MÉNDEZ, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, documento presentado en el seminario *Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia*, organizado por APRODEH, Lima, febrero de 2001, p. 6, <<http://www.aprodeh.org.pe>>, visitada el 5 de mayo, 2005.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 2488-2002-HC/TC, Piura, caso Genaro Villegas Namuche, el 18 de marzo, 2004.

⁸ En su informe anual 1985-1986, la Comisión estableció que: “Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, OEA, Washington D.C., 1986, p. 205.

⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS [COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS], Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Set of Principles for the Protection and Promotion*

rechos humanos a conocer la verdad, a acceder a la justicia y a ser restituidos en sus derechos. Estas definiciones enmarcan la obligación internacional de los Estados de investigar los hechos de una manera seria y efectiva, incluyendo no sólo aquellos actos en los que los responsables son agentes estatales sino también cuando se trata de particulares.¹⁰

LA JUSTICIA

Las víctimas exigen justicia, lo cual resulta especialmente urgente si se tiene en cuenta que gran parte de la población afectada no tiene un acceso real a la protección judicial. La situación es aún más difícil para el caso de las mujeres, quienes sufren una discriminación adicional al no considerarse que las afectaciones específicas a sus derechos puedan ser judicializables. Al respecto, si bien las comisiones de la verdad no reemplazan a los poderes del Estado, sus informes son fundamentales para la investigación judicial de los hechos y muchas veces sirven de punto de partida para el desarrollo de las investigaciones a cargo del Ministerio Público.

LA REPARACIÓN

La reparación a las víctimas es la propuesta final de las comisiones de verdad. Ésta puede incluir reparaciones de tipo simbólico, como pedidos de perdón y actos de desagravio público a los afectados; reparaciones en educación y en la atención a la salud física y mental; reparaciones económicas en forma de pensiones para los sobrevivientes; entre otras.

II. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Si bien no existe un modelo único de comisión de la verdad,¹¹ estas entidades pueden definirse como organismos de inves-

of Human Rights Through Action to Combat Impunity, Informe del Sr. L. Joinet, N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18 (1996), Anexo II, p. 12.

¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio, 1988, CIDH, ser. C, N° 4.

¹¹ Para una completa revisión de las CV en el mundo, véase PRISCILLA HAYNER, "Verdades nunca reveladas", documento presentado en la conferencia

tigación, cuyo objetivo principal es ayudar a las sociedades a confrontar su pasado con la idea de superar las crisis originadas por la violencia y prevenir su repetición.¹² Para ello, investigan los hechos, elaboran propuestas de reparación del daño causado y propuestas de reformas institucionales que garanticen que las condiciones que facilitaron y/o propiciaron los hechos violatorios sean modificadas.¹³

En líneas generales, las comisiones de la verdad actúan bajo la autorización o con el respaldo del Estado o, en el caso de un conflicto armado, en el marco de un acuerdo de paz. Este reconocimiento oficial implica la responsabilidad política y moral del Estado, con consecuencias concretas en el orden jurídico, que van desde la modificación de las normas internas hasta el inicio de procesos judiciales.

El contexto en el cual surgen estas entidades puede variar. En Guatemala se crearon a raíz de un conflicto armado y como parte de las negociaciones de paz. En los casos argentino y chileno, fueron el resultado del paso de la dictadura a la democracia. Sin embargo, a pesar de sus particularidades, las comisiones de la verdad tienen algunos elementos y características comunes.¹⁴ Su ámbito de investigación es el pasado, centrándose en un conjunto de abusos producidos durante un determinado periodo, más allá de algún hecho concreto. Trabajan con un mandato claramente establecido y difundido masivamente, ya que en virtud del mismo se miden las expectativas de la población y las respuestas de la sociedad civil. Su existencia es temporal; por un periodo que puede variar entre seis meses y dos años aproximadamente, luego del cual presentan un informe final dando cuenta de los hechos investigados¹⁵ y de sus propuestas de reparación.

Comisión de la Verdad: experiencias históricas y lecciones para el Perú, organizado por APRODEH, enero de 2001, <<http://www.aprodeh.org.pe>>, visitada el 14 de abril, 2005. Asimismo, se recomienda visitar el Website: <www.truthcommissions.org>.

¹² ESTEBAN CUYA, "Las Comisiones de la Verdad en América Latina", documento presentado en el seminario *Perú 1980-2000: el reto de la verdad y la justicia*, organizado por APRODEH, Lima, febrero de 2001, p. 1, <<http://www.aprodeh.org.pe>>, visitada el 5 de mayo, 2005.

¹³ PATRICIA VALDEZ, "Comisiones de la Verdad. El camino recorrido", *Páginas*, N° 168, 2001, pp. 51-56.

¹⁴ RODOLFO MATAROLLO, "Las Comisiones de la Verdad", en *Verdad y justicia: homenaje a Emilio Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2001, p. 131.

¹⁵ Así, por ejemplo, el informe argentino "Nunca más" habla de 8.960 casos

En muchos casos, las comisiones de la verdad también diseñan propuestas de reconciliación. No ejercen funciones del Poder Judicial ni del Ministerio Público, por lo cual no establecen la responsabilidad jurídica individual de las personas involucradas en los hechos investigados. Sin embargo, la información incluida en los informes finales de las comisiones de la verdad contribuye a la administración de justicia y al inicio de procesos destinados a identificar a las personas responsables de los hechos violatorios.

Finalmente, debe resaltarse que entre los problemas fundamentales que afrontan las comisiones de la verdad para el seguimiento de sus recomendaciones, se encuentran las llamadas leyes de impunidad que, mediante figuras como la amnistía y la obediencia debida, evitan el juzgamiento y la sanción de los violadores de derechos humanos.¹⁶

III. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL TRABAJO DE LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Salvo contadas excepciones, el mandato de las comisiones de la verdad ha sido establecido en términos neutrales, sin diferenciar los hechos en función del sexo de las víctimas. Esto trae como consecuencia que las conclusiones y el análisis de los hechos resulten demasiado generales, dejando de lado las voces e historias de las mujeres cuya experiencia resulta totalmente ignorada.

Si entre los objetivos de las comisiones de la verdad está el de recuperar la verdad y la memoria histórica, es indudable que la voz de las mujeres debe ser recogida. Asimismo, si lo que se pretende es el establecimiento de una sociedad diferente, es importante incorporar a las mujeres, tradicionalmente excluidas del gobierno y el acceso a la justicia.

de desapariciones forzadas y de 365 centros clandestinos de tortura; el informe chileno de la Comisión Rettig presentó 3.428 casos de personas víctimas de desaparición forzada, de muerte a consecuencia de la tortura, de asesinatos o de secuestro; el informe guatemalteco, "Memoria del silencio", presentó el dramático caso del genocidio contra la población maya, dando cuenta de 42.275 víctimas de asesinatos, desaparición, tortura o violación sexual; mientras que el informe salvadoreño, "De la locura a la esperanza", habla de 22.000 casos de personas víctimas de desaparición, asesinatos, tortura o secuestro.

¹⁶ Caso Barrios Altos, Sentencia del 14 de marzo, 2001, CIDH, ser. C, N° 75.

Adopto la idea de género como construcción social que, basada en las diferencias físicas entre hombres y mujeres, permite analizar los diferentes roles, identidades y estereotipos asignados en la sociedad. Por esto, considero especialmente relevante que el análisis de género esté presente en un contexto de violencia.

Trabajar con un enfoque de género en una comisión de la verdad equivale a asumir la *invisibilidad* de las mujeres como efecto de la discriminación e inequidad que las rodea y, a partir de esta realidad, diseñar las estrategias para denunciar de manera clara lo que les sucedió en los hechos investigados. De otra parte, asumir esta perspectiva es afirmar que la discriminación de las mujeres y su confinamiento a roles familiares o complementarios les ha restado protagonismo, incluso en su condición de víctimas.¹⁷

El análisis de género esclarece el estudio de las *causas* de las violaciones de derechos humanos. En los contextos de conflictos armados, por ejemplo, las mujeres son atacadas no sólo como actoras del conflicto, sino por su condición de esposas o familiares de los actores del conflicto. En cuanto a las *consecuencias* de los conflictos, un ejemplo evidente que resulta esclarecido por la perspectiva de género es la maternidad consecuencia de la violación sexual. Si bien hombres y mujeres pueden ser violados sexualmente, sólo las mujeres resultan embarazadas.

La perspectiva de género es útil también en la elaboración del *concepto de víctima*; esto es, sirve para dejar de lado una aproximación neutral a esta noción y permite reconocer las particularidades de hombres y mujeres al ser afectados por las violaciones de derechos humanos. Un claro ejemplo se encuentra en los testimonios recogidos en el proceso sudafricano, los cuales demuestran que el rol de madres de las mujeres era utilizado para hacerlas víctimas de tortura psicológica. Por ejemplo, el informe sudafricano cuenta cómo a las mujeres detenidas se les decía que sus hijos habían muerto y que si ellas no les brindaban información no los enterrarían.¹⁸

¹⁷ Así, se habla de las esposas, las madres, las viudas de los desaparecidos pero poco se sabe de las mujeres desaparecidas.

¹⁸ BETH GOLDBLATT Y SHEILA MEINTJES, *Gender and the Truth and Reconciliation Commission: A Submission to the Truth and Reconciliation Commission*,

El caso de las desapariciones forzadas también resulta un claro ejemplo. El enfoque de género permite reconocer que tradicionalmente el varón es considerado el combatiente, quien actúa en el ámbito público y, por ello, es perseguido directamente. Un estudio neutral sólo recogería la mayoría numérica de varones como víctimas de desaparición forzada. Sin embargo, el análisis de género nos obliga a preguntarnos sobre los nuevos roles que las mujeres tuvieron que asumir ante la ausencia del varón, relativos a la supervivencia y continuidad de la familia, así como a su salida al ámbito público, derivada de la denuncia de los hechos ante las entidades estatales.

Por otro lado, la perspectiva de género contribuye al análisis y consideración del *impacto* diferencial de las violaciones de derechos humanos en hombres y mujeres. Así, por ejemplo, en las desapariciones y muertes de los hombres existe un costo social y cultural importante para las mujeres, quienes, al verse solas, resultan discriminadas en sus comunidades y limitadas en la participación de las decisiones de la población. Lo propio sucede en cuanto al impacto económico de los hechos; siendo el caso que los varones sustentan a las familias desde el espacio público, en su ausencia son las mujeres quienes tienen que asumir ese rol. En muchos países, la legislación no permite a las mujeres el pleno ejercicio del derecho a la propiedad, por ejemplo, lo cual termina por afectarlas de manera directa. Otro costo importante tiene que ver con la composición de las familias. En numerosos casos, los varones eran encarcelados por muchos años, ante lo cual las mujeres asumían la crianza de los hijos y el liderazgo de la familia. Cuando los varones salían de prisión, era imposible que retomaran el rol tradicional de control de la familia, la cual se había reestructurado en su ausencia, generándose numerosos casos de violencia doméstica.¹⁹

De otro lado, la perspectiva de género es importante para entender las diferentes *respuestas a la violencia* por parte de la población. Un buen ejemplo lo dan las organizaciones

1996, <<http://www.doj.gov.za/trc/submit/gender.htm>>, visitada el 14 de abril, 2005.

¹⁹ ELIZABETH REHN y ELLEN JOHNSON SIRLEAF, *Women, War and Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-building*, UNIFEM, Nueva York, 2002.

sociales peruanas, establecidas ante la crisis económica agudizada en los años 80 con el objetivo de satisfacer las necesidades de las familias más pobres. Las dirigentes de estas organizaciones lideraron la respuesta en contra de los actos de violencia del grupo subversivo Sendero Luminoso. María Elena Moyano y Pascuala Rosado, para mencionar sólo a dos, fueron asesinadas por los senderistas por oponerse a las actividades proselitistas y de violencia de este grupo.²⁰

Otro ejemplo del impacto de género en las respuestas de la población se encuentra en el análisis que hace el Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en relación con la huida de la población cuando los actores del conflicto llegaban a las comunidades. En estas circunstancias, eran los hombres quienes escapaban primero; las mujeres se demoraban recogiendo a sus hijos y recolectando las sartenes y ollas que les permitirían sobrevivir durante los días que deberían permanecer lejos de su hogar.²¹ Cumplir con su rol tradicional de madre y guardiana del hogar llevó a muchas mujeres a ser detenidas y sometidas a violencia sexual.

La perspectiva de género también contribuye a recoger nuevas perspectivas de los *roles* desempeñados por hombres y mujeres en las situaciones de violencia. Así, por ejemplo, la posición de las mujeres combatientes y/o perpetradoras de violaciones de derechos humanos es una imagen que no ha sido adecuadamente interpretada por las investigaciones de las comisiones de la verdad, dejando de lado importante información.

Finalmente, el análisis de género contribuye a lograr una mejor perspectiva acerca de las diferentes necesidades derivadas de la violación a los derechos de hombres y mujeres. Debido a que una función principal de las comisiones de la verdad es diseñar *propuestas de reparaciones y de reformas institucionales* que garanticen la no-repetición de los hechos, si se tuvo en cuenta el enfoque de género se podrá diseñar

²⁰ *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, tomo VII, capítulo 2.57: “Los asesinatos de María Elena Moyano (1992) y Pascuala Rosado (1996)”, <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, visitada el 14 de abril, 2005.

²¹ “Guatemala: memoria del silencio”, <<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/>>, visitada el 1 de octubre, 2004.

un programa más completo y capaz de combatir la situación de inequidad y garantizar la superación de las condiciones que facilitaron y propiciaron las violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la importancia del trabajo con perspectiva de género, poco o nada ha dicho la literatura sobre la materia. Aunque grave, este silencio no es sorprendente si se tiene en cuenta el proceso internacional que llevó al reconocimiento de los derechos de las mujeres dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

IV. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

A pesar de que la codificación del DIDH a nivel internacional se inició después de la Segunda Guerra Mundial, sólo en 1993 la Declaración y Plataforma de Acción de Viena reconoce expresamente los derechos de la mujer y de la niña como derechos humanos. En ese mismo momento se subrayó la importancia de eliminar la violencia pública y privada contra la mujer. Si bien las declaraciones y pactos internacionales contenían una cláusula específica sobre la prohibición de la discriminación en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos, así como en la protección ante la ley de hombres y mujeres, la realidad demostraba la situación de discriminación que afrontaban las mujeres y la ineficacia del sistema internacional para la vigencia efectiva de sus derechos.

En 1979 se firmó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual establece la obligación de los Estados Partes de tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, en particular en las esferas política, social, económica y cultural.²² La CEDAW, sin embargo, no incluyó una cláusula especial sobre la vio-

²² Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre, 1979; entrada en vigor el 3 de septiembre, 1981, art. 3.

lencia contra la mujer, lo cual motivó a que, en 1992, emitiera la Recomendación General 19, en la que establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que le inhibe gravemente la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Asimismo, definió la violencia basada en el sexo como aquella violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. En este concepto se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. Subrayó también que la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la CEDAW, independientemente de que en ellas se mencione la violencia en forma expresa.²³

En 1993 la Declaración y Plataforma de Acción de Viena plantea las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado y las define como violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.²⁴ En este contexto se da la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas de 1993 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994.

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y para Rwanda (1994), que consolidó el contenido de los crímenes de violencia sexual —cuyas víctimas mayoritariamente son mujeres—, se ubica en medio de este proceso. En el primer caso, las sentencias establecieron que la violación y el abuso sexual podían considerarse parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil, que podían constituir actos de tortura, teniendo como fundamento la discriminación por razones de género, y que la violación sexual masiva y la esclavitud sexual podían ser crímenes contra la humanidad.²⁵

²³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE LAS NACIONES UNIDAS (CEDAW), *Recomendación general 19: la violencia contra la mujer*, N.U. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), p. 84.

²⁴ *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Austria, 14-25 de junio, 1993, N.U. Doc. A/CONF.157/23 (1993), pár. 38.

²⁵ Véase al respecto, los casos Tadic, Celebici y Foca.

En el caso de Rwanda, el tribunal consideró crimen de lesa humanidad la violación sexual, entendida como un atentado contra la seguridad de la mujer, incluyendo en su definición el desnudo forzado. Asimismo, a partir de la sentencia Akayesu se amplió la definición de violación sexual y se estableció que la violencia sexual no se limitaba sólo a la invasión física del cuerpo humano, ya que podía incluir actos que no involucraran la penetración e incluso sin que mediara el contacto físico. Señaló también que la violación sexual podía configurarse como un elemento constitutivo del genocidio.²⁶

Con base en los fallos de los tribunales internacionales, en 1998, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) calificó de *crímenes contra la humanidad* “la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable” (art. 7). Asimismo, tipificó como *crimen de guerra* los

actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra (art. 8).

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), por su parte, realizó un estudio que analiza la situación de las mujeres en zonas de conflicto durante los años 1998 y 2000, e identificó aspectos y situaciones en las cuales se producen las mayores violaciones a los derechos de las mujeres. Subraya el desplazamiento, que incrementan la inseguridad y el peligro de las mujeres que deben asumir su supervivencia y la de sus familias; la búsqueda de los familiares desaparecidos y el impacto de la detención de sus esposos y compañeros. Destaca la frecuencia de los casos de violencia sexual en todas sus formas contra mujeres y niñas y la señala “como una forma de tortura para degradar, intimidar y finalmente derrotar a grupos específicos de la población y provocar su huida”.²⁷

²⁶ “Las mujeres en los conflictos armados”, ponencia de la Jueza Navanethem Pillay, Presidenta del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, <<http://www.onu.org/CINU/sep2000/pillay-disc.htm>>, visitada el 1 de mayo, 2004.

²⁷ CHARLOTTE LINDSEY, “Los efectos de los conflictos armados en las mujeres”, <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList138/5C7D31B23D9287F2C1256DE100637323>>, visitada el 1 de junio, 2004.

Finalmente, es necesario mencionar la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que, en el año 2000, reconoció que las mujeres resultan mayoritariamente afectadas en los conflictos armados, por lo que es necesario implementar las normas del DIDH y del Derecho Internacional Humanitario que las protejan en estas circunstancias. La Resolución invoca a las partes en un conflicto armado para que tomen medidas especiales de protección a las mujeres y las niñas contra la violencia de género; particularmente, contra la violación y otras formas de abuso sexual. Este documento enfatiza la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y juzgar a las personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, incluyendo la violencia sexual contra las mujeres y las niñas.²⁸

V. ESTUDIOS DE CASO

Como se mencionó, las comisiones de la verdad comparten muchas características, pero tienen particularidades que corresponden al contexto que les dio origen. Las experiencias más conocidas en América Latina son las de Argentina, Chile y Guatemala. En el 2003, la comisión peruana hizo público su informe final.

ARGENTINA

En el caso argentino, la comisión de la verdad fue creada en 1983, por el Presidente Raúl Alfonsín, bajo la denominación de Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Su objetivo era investigar los hechos ocurridos durante el gobierno militar en el periodo 1976-1983. Su reporte final, *Nunca más*, fue publicado en 1984. En él se consigna que en esa época se produjeron casi 9.000 desapariciones

²⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 1325*, N.U. Doc. S/Res/1325 (2000), <http://www.un.org/events/res_1325e.pdf>, visitada el 14 de abril, 2005.

²⁹ Sin embargo, cuando la CONADEP terminó su trabajo, entre 2.000 y 3.000 desapariciones adicionales fueron denunciadas ante el Ministerio del Interior. <<http://www.yendor.com/vanished/how-many.html>>.

de personas entre los 21 y los 35 años.²⁹ El reporte concluyó que hubo miles de personas exterminadas, cuyos cuerpos fueron destruidos para evitar cualquier reconocimiento posterior.³⁰

Las principales propuestas del Informe Final de la CONADEP fueron la investigación de las violaciones de derechos humanos a nivel judicial, el soporte económico para las víctimas y los familiares de las personas desaparecidas, las becas y oportunidades de trabajo para los familiares y el reconocimiento de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad.

CHILE

En el caso chileno, la comisión de la verdad fue creada en 1990, durante el gobierno de Patricio Alwyn, para investigar los hechos ocurridos durante el régimen de Augusto Pinochet, quien asumió el poder en 1973 tras derrocar al Presidente Salvador Allende. Con la ayuda de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), el gobierno de Pinochet generalizó el empleo de la tortura, las desapariciones forzadas, el exilio y los asesinatos contra la población. El mandato de la comisión chilena fue identificar las violaciones a los derechos humanos, ocurridas entre 1973 y 1990, sus antecedentes y víctimas, proponiendo medidas de reparación y reivindicación con el fin de evitar nuevos hechos violatorios.³¹ Esta comisión recibió más de 3.000 denuncias de desapariciones y asesinatos e identificó más de 2.000 víctimas. Sus principales propuestas³² versaron sobre las medidas de bienestar social, la reparación económica, la atención especializada en salud y educación, la adecuación del Derecho interno al Derecho internacional, la ratificación de tratados internacionales, la reforma del Poder Judicial y de las Fuerzas Armadas, así como la sanción a los individuos que mantuvieran en secreto

³⁰ PAUL GRAY, "Argentina: Waves from the past", *TIME Domestic*, vol. 145, no. 13, 1995, <<http://pages.prodigy.com/steiner/scilingo.htm>>, visitada el 14 de abril, 2005.

³¹ JOSÉ ZALAQUETT, "Derechos humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del cono sur", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 14, 1991, pp. 91-135.

³² CUYA, *supra* nota 12.

cualquier información sobre exhumaciones ilegales. Cabe señalar que, en el marco de este proceso de recuperación de la verdad y la memoria histórica, se dio a conocer, en noviembre del 2004, el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de Chile, el cual incluye un acápite sobre la violencia sexual contra las mujeres.³³

A pesar de la importancia del trabajo de las comisiones de la verdad mencionadas, ni las investigaciones, ni los informes desarrollaron un enfoque de género, con excepción de dos casos: Guatemala y Sudáfrica.

GUATEMALA

La comisión fue establecida en 1994³⁴ tras aproximadamente 30 años de conflicto interno. El país venía sufriendo el impacto de los regímenes militares que gobernaron desde los años 50 y que reprimieron todo tipo de oposición mediante asesinatos y actos de tortura. La situación empeoró en los años 80, cuando el gobierno inició una terrible campaña contra la población maya de las áreas rurales. Si bien en 1986 un gobierno democrático accedió al poder, las violaciones a los derechos humanos continuaron siendo cometidas por los militares.

Como consecuencia de los acuerdos de paz entre el gobierno y el grupo guerrillero Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), se creó la comisión de la verdad mediante el Acuerdo de Oslo, con el objetivo de identificar las violaciones de derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en conexión con el conflicto guatemalteco, investigando los hechos a partir de 1961. Esta comisión se denominó Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH).³⁵

En este caso la participación de la sociedad civil fue impresionante, y por ello, en 1995, la Iglesia católica creó el proyecto denominado Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI), el cual recogió testimonios de más de 5.000 sobre-

³³ COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe*, Santiago, 2004.

³⁴ JUAN HERNÁNDEZ PICO, *Memoria del silencio: un informe estremecedor*, <<http://www.envio.org.ni/articulo/935>>, visitada el 5 de mayo, 2005.

³⁵ El gobierno no estuvo de acuerdo en denominarla comisión de la verdad. <<http://www.truthcommission.org>>.

vivientes y documentó las historias de aproximadamente 50.000 víctimas. Esta información fue entregada a la CEH.

La CEH presentó su reporte en 1999, concluyendo que casi 200.000 personas fueron asesinadas o desaparecidas, en su mayoría como consecuencia de acciones del Estado. Las principales víctimas fueron los mayas, quienes fueron sometidos a actos genocidas.

A diferencia de otras comisiones de la verdad, la guatemalteca incluyó, en su informe final, un capítulo referido a la violencia sexual contra las mujeres. Establece que se trató de una práctica generalizada y sistemática, siendo utilizada como una verdadera arma de terror³⁶ en el marco de la estrategia contrainsurgente. Se aclara que no se trató de actos aislados, con lo cual se deja de lado la idea tradicional según la cual los actos de violencia sexual son “daños accesorios” en los enfrentamientos armados. En efecto, el informe presenta casos de violación sexual, aborto forzado, violencia contra mujeres embarazadas y violación sexual a mujeres que iban a ser ejecutadas, entre otros hechos. Todo ello nos habla de violencia específica contra las mujeres por ser mujeres; prueba la violencia de género.

El informe analiza también que en este caso la violencia sexual contra las mujeres tuvo una connotación especial: buscaba ofender y humillar al varón, en su rol tradicional de protector de la familia. Estudia también las dificultades que tuvieron que afrontar los investigadores al momento de intentar recoger información por parte de las víctimas, puesto que las mujeres no contaban el abuso sexual al que fueron sometidas. Este silencio, característico en los casos de violencia sexual, va a repetirse en las diferentes experiencias que buscan investigar este tipo de hechos.

SUDÁFRICA

La comisión de la verdad fue creada en 1995 para investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen del Apartheid de 1960 a 1994. En este caso se debe destacar el documento de trabajo elaborado por el *Centre*

³⁶ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Guatemala: memoria del silencio*, Guatemala, 1999, vol. 3, capítulo 2.

for Applied Legal Studies (CALS) de la Universidad de Witwatersrand,³⁷ que sirvió de base para la organización de las audiencias públicas para las mujeres de Ciudad del Cabo, Durban y Johannesburgo. El informe no sólo hizo mención a la violencia sexual contra las mujeres, sino que desarrolló un análisis de género de los testimonios brindados en estas audiencias. A pesar de contar con poca información, el informe concluyó que las mujeres tuvieron un rol activo como perpetradoras y como víctimas. Asimismo, hizo hincapié en el hecho de que la manera como las mujeres fueron perjudicadas por el conflicto fue diferente a la de los varones.

Al respecto es importante resaltar que el informe reconoce que la definición de las graves violaciones a los derechos humanos en el mandato de la CV fue el resultado de una falta de visión sobre los abusos sufridos mayoritariamente por las mujeres.³⁸

Tanto el informe guatemalteco como el sudafricano fueron antecedentes para el trabajo de la CV del Perú, sobre la cual nos ocuparemos a continuación.

LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN DEL PERÚ: DIFICULTADES Y ESTRATEGIAS DE ACCIÓN

La comisión de la verdad peruana fue creada en el año 2001³⁹ durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua, quien asumió la conducción del país después de que Alberto Fujimori escapara al Japón. El gobierno de Alejandro Toledo respaldó la creación de la comisión, llamándola Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) y ampliando a doce el número de sus miembros. El objetivo principal de la CVR era investigar los crímenes y las violaciones de derechos humanos ocurridas entre mayo de 1980 y noviembre del 2000, a car-

³⁷ GOLDBLATT *et. al.*, *supra* nota 18.

³⁸ TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION, *Final Report*, Cape Town, 1998, vol. 4, capítulo 10, <<http://www.goshen.edu/library/EMBARGO>>, visitada el 10 de junio, 2004.

³⁹ La CVR fue creada durante el gobierno de transición que lideró Valentín Paniagua, mediante el DS N° 065-2001-PCM. Posteriormente, en el gobierno de Alejandro Toledo y mediante DS N° 101-2001-PCM, su denominación fue cambiada a Comisión de la Verdad y Reconciliación, ampliándose además el número de los comisionados de siete a doce. Entre éstos, sólo hubo dos mujeres.

go de los actores del conflicto armado interno; esto es, el Estado peruano y los grupos subversivos Sendero Luminoso (SL) y Movimiento Revolucionario Tupac Amareu (MRTA). Su vigencia fue establecida por dos años.

La norma que le dio creación establecía que la CVR investigaría los asesinatos y secuestros, las desapariciones forzadas, las torturas y otras lesiones graves, y las violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país. Finalmente, incluía en el mandato “otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas”. A pesar de que la norma no incluía el análisis de los hechos de violencia sexual cometidos contra las mujeres peruanas durante los años del conflicto, el último acápite fue interpretado de forma tal que incluyera estos hechos. De allí que el informe final, presentado en agosto de 2003, incluyera un capítulo específico sobre violencia sexual contra las mujeres, además de un capítulo destinado al análisis de género.

Tal como sucedió en el caso de Guatemala, la CVR debía enfrentarse a una compleja realidad, en la cual las mujeres afectadas no acostumbraban a contar su historia e, incluso, no identificaban las violaciones a sus derechos humanos como tales. En efecto, mientras los hombres contaban lo sucedido en primera persona, las mujeres recordaban la historia de sus esposos e hijos antes que la suya propia, asumiendo un rol de testigos antes que de protagonistas principales. Sus reclamos de verdad y justicia se limitaban a conocer el paradero de sus familiares y allegados y sus demandas de reparación tenían que ver con mejores condiciones de vida para sus hijos y/o esposos. Al no considerar que lo acontecido con ellas era una violación de derechos humanos, fueron pocos los casos en los que la reparación solicitada las beneficiaba exclusivamente a ellas. Cuando se trataba de casos de violencia sexual, era muy difícil que las mujeres contaran los hechos; por lo menos en las primeras entrevistas. En muchas ocasiones la información se obtenía a través de los testigos de los hechos.

El trabajo de la CVR se vio limitado por la inexistencia de informes nacionales sobre los casos de violencia sexual contra las mujeres, a diferencia de lo que sucedía con los casos de desapariciones forzadas o torturas. Afortunadamente exis-

tían los reportes de Amnistía Internacional⁴⁰ y Human Rights Watch,⁴¹ los cuales fueron importantes antecedentes, así como lo fueron los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que habían concluido que la violación sexual equivale a una forma de tortura, al enmarcarla en la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁴²

1. Estrategias

La comisión peruana desarrolló, entonces, una serie de estrategias de acción, entre las cuales debo subrayar las siguientes:

a. Se creó una Línea de Género, integrada por una representante⁴³ de las diferentes sedes regionales de la institución y coordinada desde la sede central de la CVR. Este grupo tuvo a su cargo trabajar por la incorporación de la perspectiva de género en la toma de testimonios, las labores de difusión, la selección de relatos que pudieran aportar al análisis de género y la coordinación con las organizaciones locales.

b. Para solucionar los problemas de información señalados, era necesario que los instrumentos metodológicos trazados para el acopio de datos, tales como el cuestionario de entrevistas y la ficha de datos de las víctimas, diferenciaron entre hombres y mujeres y permitieran recuperar las voces e historias de ambos grupos.

c. La Línea de Género desarrolló talleres de capacitación en las diferentes sedes regionales de la CVR para que los entrevistadores tuvieran presente la difícil realidad a la que se enfrentaban. Era importante, especialmente, recuperar la

⁴⁰ AMNESTY INTERNATIONAL, *Women in the Front Line: Human Rights Violations against Women*, Amnesty International, Londres, 1991.

⁴¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Terror no contado: violencia contra las mujeres en el conflicto armado interno peruano*, Human Rights Watch, Nueva York, 1992.

⁴² Caso 10.970, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7 rev. (1996).

⁴³ Si bien no se excluyó la participación de varones, finalmente todas las representantes regionales fueron mujeres. Asimismo, debe decirse que sin su colaboración intensa y entusiasta hubiera sido mucho más difícil el trabajo realizado.

voz de las mujeres y cumplir con los objetivos de la CVR. Este aspecto resultaba fundamental, ya que ante el silencio de las mujeres, las personas a cargo de las entrevistas debían formular preguntas capaces de recuperar esa historia.⁴⁴

d. Considerando la importancia de sensibilizar a los diferentes sectores de la sociedad peruana sobre la importancia de recuperar las voces e historias de las mujeres, la Línea de Género elaboró una serie de afiches y volantes, enfatizando la importancia del testimonio de las mujeres y explicando que la violencia sexual es una violación de los derechos humanos y que debía ser denunciada como tal.

e. Otro aspecto importante fue desarrollar alianzas con diferentes instituciones de la sociedad civil, a fin de obtener la mayor cantidad posible de testimonios y discutir la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el trabajo de investigación de derechos humanos.

f. Al momento de finalizar su trabajo, la CVR decidió presentar 47 casos de violaciones de derechos humanos ante el Ministerio Público, dentro de los cuales se incluyeron casos de violencia sexual.

g. La CVR se preocupó de manera específica por recuperar los casos de violencia sexual, entendiendo que no se trataba de conductas aisladas o daños colaterales al conflicto. Consideró también el caso de los numerosos niños y niñas nacidos como consecuencia de estos hechos. En este sentido, y con base en los aportes jurídicos provenientes del Derecho internacional, la comisión no se limitó a investigar la violación sexual, sino que incorporó a las víctimas de embarazos, prostitución, abortos y desnudos forzados, chantaje, esclavitud, humillación y mutilación sexual y manoseos, entre otras formas de violencia sexual.

2. El informe final: principales aportes

Como ya se mencionó, la labor de la CVR no sólo hizo énfasis en el trabajo con perspectiva de género, sino que el informe

⁴⁴ El Informe de la Comisión Chilena sobre Prisión Política y Tortura sostiene que las entrevistas no indagaron expresamente acerca de la violencia sexual ejercida contra las ex-presas y que la información obtenida fue mencionada expresamente por las declarantes, ya que la violación sexual es un hecho sobre el que las mujeres prefieren no hablar.

final presentó un capítulo de análisis del impacto diferenciado de la violencia por razones de género y un capítulo sobre violencia sexual.

El capítulo de género

En el capítulo de género,⁴⁵ la CVR reconoció que la violencia afectó de manera diferente a las personas, de acuerdo con su posición social y con su rol de género. La imagen del varón proveedor del hogar fue reemplazada por el de la mujer que cumple esta función cuando los hombres son actores directos del conflicto armado. La CVR destaca la situación de invisibilidad de la experiencia femenina en el conflicto y hace hincapié en la respuesta de las mujeres ante la violencia, explicando las estrategias de supervivencia que desarrollaron a nivel individual y en las organizaciones locales.⁴⁶ El informe identifica a las mujeres afectadas por crímenes y violaciones de derechos humanos; a las mujeres afectadas por la desaparición, muerte y otros crímenes cometidos en contra de sus familiares; y a las mujeres pobladoras y campesinas afectadas por ser habitantes de las zonas que sufrieron violencia.⁴⁷

El informe confirma que las mujeres, a diferencia de los varones, no fueron objeto de persecución definida por parte de los actores del conflicto, ya que se les identificaba con el ámbito privado. Era a los varones a quienes se perseguía y buscaba. Señala que las mujeres se vieron afectadas, en primer lugar, por los asesinatos y ejecuciones extrajudiciales (50%), las detenciones (27%) y la tortura (23%). Asimismo, existieron casos de secuestro (17%), desapariciones forzadas (16%) y violaciones sexuales (10%).⁴⁸

El informe privilegia el análisis de ciertos temas que dan una idea de la situación de hombres y mujeres durante el conflicto. Así, confirma que durante el conflicto se acentuó

⁴⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, Lima, 2003, tomo VIII, capítulo 2: "El impacto diferenciado de la violencia: violencia y desigualdad de género", <www.cverdad.org.pe>, visitada el 1 de mayo, 2004.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁸ En este último punto, y tal como se verá más adelante, esta sub-representación estadística es un hecho común en las investigaciones sobre hechos de violencia sexual.

la división del trabajo por género, ya que mientras el varón salía a la lucha, las mujeres permanecían en la comunidad encargadas del cuidado de la familia, del hogar y de la comunidad. Un segundo aspecto tiene que ver con la salida de las mujeres al espacio público: desde su rol tradicional de madres, esposas e hijas lucharon por la justicia para sus allegados, primero individualmente y después conformando organizaciones vinculadas a la búsqueda de los familiares desaparecidos.⁴⁹

Asegura el informe que el desplazamiento que se produce como resultado del conflicto armado afecta principalmente a las mujeres, quienes lideran, tanto las salidas de las comunidades como el asentamiento en nuevos lugares. En este caso, la discriminación contra las mujeres tuvo un triple carácter: como desplazadas, como mujeres y como indígenas.⁵⁰

Finalmente, el informe analiza el tema de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, destacando los daños producidos por las violaciones, las torturas, los abusos sexuales y los otros maltratos a los que fueron sometidas. La maternidad se vio afectada por la violencia y la falta de condiciones de seguridad, así como por la violencia contra los niños y niñas. El informe recoge también la situación de las madres encarceladas.⁵¹

El capítulo sobre violencia sexual contra las mujeres

El informe de la CVR contiene un capítulo específico sobre violencia sexual⁵² como parte del apartado de los crímenes y violaciones a los derechos humanos. Mujeres analfabetas o que sólo habían llegado a cursar la educación primaria, es

⁴⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VIII, *supra* nota 44, p. 9.

⁵⁰ Véase al respecto el Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, "Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. Los desplazados internos". COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 52º Sesión, N.U. Doc. E/CN.4/1996/52/Add.1 (1996).

⁵¹ *Ibid.*, p. 33.

⁵² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, Lima, 2003, tomo VI, capítulo 1.5: "La violencia sexual contra la mujer", <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, visitada el 1 noviembre, 2004.

decir, mujeres tradicionalmente consideradas como de mayor vulnerabilidad, fueron identificadas como las víctimas de violencia sexual. En relación con los agentes, el 83% eran estatales mientras que aproximadamente un 11% correspondía a los grupos subversivos.⁵³ Los años de mayor incidencia fueron 1984 y 1990.⁵⁴

El número de denuncias

El informe subrayó la falta de denuncias por los hechos de violencia sexual. El sentimiento de culpa y la vergüenza son las razones aducidas para explicarla. Es de recalcar que la incapacidad de reconocer la violencia sexual como una violación de los derechos humanos es un elemento constante. A esta situación hay que añadirle la manera como se registró la información en la base de datos de la CVR: sólo consignaba los casos de víctimas de violación sexual y exigía la identificación de las víctimas para que se las incluyera en la base estadística; es decir, sólo se registraba a aquellas mujeres cuyo nombre y apellido se conocía. Por ello, era difícil que se pudieran rastrear, por ejemplo, los casos de las mujeres víctimas de violencia sexual previa a su desaparición y/o ejecución.

Otro aspecto que contribuyó a la sub-representación de la violencia sexual fue que ésta se produjo en el marco de otras violaciones de derechos humanos, tales como masacres, detenciones arbitrarias, ejecuciones arbitrarias y tortura, principalmente. Esta realidad propiciaba que no se recuperaran hechos de violencia sexual. A pesar de esto, la CVR identificó casos de violencia sexual ocurridos aproximadamente en quince departamentos del Perú.

Los objetivos de la violencia sexual

El castigo, la intimidación, la presión, la humillación y la degradación de la población son los objetivos que motivaron estos hechos, de acuerdo con la CVR. Como señalara un soldado,

⁵³ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 16.

[...] si encontraba una chica sospechosa más o menos de senderista o que está protegiendo a los senderistas, a los movimientos, entonces hay que agarrarla y violarla [...].⁵⁵

Con la violencia sexual también se buscaba presionar a las mujeres detenidas para que se auto-inculparan en determinados hechos, o para que brindaran información. En muchos casos la violencia sexual no tuvo vínculo aparente con el conflicto armado.

La violencia sexual acompañó a las detenidas desde el momento mismo de su detención:

Nos llevaban al baño... teníamos que hacer nuestras necesidades, ni siquiera un mínimo de privacidad en nuestra condición de mujeres... y creo que eso ha sido también con otras... era el mismo trato que le daban a todas. Y Claudia, ¿también estaba ahí? También desnuda, totalmente desnuda delante de los cachacos [...] claro ahí le metían la mano, la manoseaban, se burlaban, fue una cuestión denigrante.⁵⁶

En otros casos se sometía a las mujeres a la violencia sexual como represalia por las actividades o funciones desempeñadas por sus esposos. Así, el informe da cuenta del caso de la esposa del presidente de administración de una comunidad en Ayacucho. En febrero de 1983 treinta militares ingresaron a su domicilio. La declarante les preguntó para qué venían, mientras su esposo se escondía. Los soldados acusaron al hombre de ser subversivo y lo golpearon afuera de su casa, mientras que la declarante y sus once hijos fueron obligados a permanecer en el interior:

Rompíamos en llanto suplicando que no se lo llevaran, pero también fuimos agredidos por los sinchis, a mis hijos les han golpeado, los han botado hacia un rincón y a mí también, nos amarró con soga [...]. Me agarró a la fuerza y me violó. [Su esposo fue conducido a la base militar de Cangallo]. Me levanté y le seguí por el camino, pero no llegué a la base y regresé por mis hijos.⁵⁷

⁵⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, Lima 2003, tomo VIII, capítulo 2.1: "Violencia y desigualdad de género", <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, visitada el 1 de noviembre, 2004, p. 24.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI, *supra* nota 51, p. 100.

Los perpetradores

Uno de los espacios en donde se llevaron a cabo más casos de violencia sexual fue en las bases militares. Se detectaron también casos de violencia sexual durante las incursiones militares realizadas a las poblaciones en donde se pensaba vivían integrantes de los grupos subversivos. Ciertos cuarteles, comisarías y dependencias policiales a donde eran conducidas las mujeres después de ser detenidas y en donde se hacían los interrogatorios e investigaciones fueron también señalados como espacios de violencia sexual. Lo mismo se verificó en los establecimientos penitenciarios en donde fue utilizada como forma de apremio contra las mujeres, a quienes en muchas ocasiones les ofrecían ventajas y mejores condiciones si cedían a los requerimientos de ciertos funcionarios.⁵⁸

Le decía el de la DINCOTE,⁵⁹ tú vas a salir mañana, pero yo ya te he hecho tus papeles para que te vayas mañana, pero tienes que darme algo. Entonces ella lloraba y le decía, yo no tengo nada, yo no tengo plata, qué le puedo dar. Y le dice: bueno, tienes tu cuerpo y ahí en la misma oficina tuvo relaciones con la chica. La chica aceptó sólo por el hecho de querer salir en libertad [...]. Por su libertad, esa chica, y ni siquiera le dieron libertad.⁶⁰

[...] no sé si fueron cinco, siete, creo que fueron más de 15 más de 17 hombres de la guardia civil que me violaron igual me volvía a desmayar, no obstante que yo estaba gestando, les comenté que estaba gestando estoy esperando un hijo, no les interesó nada. Ahí estuvimos una noche y a mí me sacaron con mis hijitos, me sacaron, vamos a Circamarca, vamos a sacar presos ustedes van a reconocer me dijeron [...]; me llevaron al baño y en el baño 6 soldados encapuchados me violaron, mi hijito era de un año y medio, mi hijito lloraba, y mi hijito de 1 año y medio, le metieron algo en la boca para que no grite y a mí también.⁶¹

Los casos perpetrados por los subversivos tuvieron lugar durante los enfrentamientos y en el marco de la vida coti-

⁵⁸ La CVR identificó aproximadamente 90 entidades estatales a lo largo del país —entre bases militares, comisarías y establecimientos penales— en donde se habían verificado casos de violencia sexual. *Ibid.*, pp. 68-75.

⁵⁹ Dirección Nacional contra el Terrorismo.

⁶⁰ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI, *supra* nota 51, p. 78.

⁶¹ *Ibid.*, p. 46.

diana de la población en el interior de los campamentos o “retiradas”. Sendero Luminoso controlaba la vida de la población, obligando a las mujeres a someterse a uniones forzadas, en cuyo contexto se dieron violaciones sexuales y embarazos forzados. Asimismo, los jefes de la organización elegían a adolescentes como parte de su “personal de seguridad”, lo cual implicaba que fueran violadas y, en muchas ocasiones, sometidas a abortos forzados. Durante mucho tiempo se creyó que los integrantes de Sendero Luminoso tenían prohibida la violación sexual contra la población civil; sin embargo, los testimonios ante la CVR demuestran que, si se cometían menos de tres veces, estos actos eran perdonados. Así lo narró un declarante, reclutado desde los catorce años

[...] cuanto tú agarras a la fuerza (violación), el partido te va a matar, pero puede perdonar tres veces que hayas violado. Si violas te criticaban por qué haces estas cosas, al partido no le gusta y segundo tenías que contar tu vida [...]. A nosotros nos permitían violar tres veces a una mujer, pero a la cuarta vez ya no te perdonaban, te enterraban [...].⁶²

El silencio

La CVR comprobó que las mujeres víctimas de violencia sexual durante este período fueron discriminadas y maltratadas por la comunidad y por sus propias familias. Esto las llevó a guardar silencio.

Yo sabía que era injusto lo que me estaban haciendo y también la violación, señorita, sentía vergüenza [...] me sentía culpable de lo que había pasado, como que la gente me iba a decir si sabían que había sido violada, o sea, tenía todo eso.

Otro testimonio cuenta:

Empecé a ver un médico que venía de afuera de la calle, a tomar medicación y lo otro de la violación no les dije nada, le dije solamente a una compañera que tuve más confianza, no le dije a la Cruz Roja, ni le dije al médico del INPE lo que me había pasado. Cuando me preguntaron si me habían violado, no dije nada, por vergüenza.⁶³

⁶² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI, *supra* nota 51, p. 19.

⁶³ *Ibid.*, p. 109.

En otras ocasiones, los varones no consentían que las mujeres denunciaran las violaciones para evitar la vergüenza y la condena social, con lo cual la impunidad era total; y en aquellos casos en los que las mujeres decidieron denunciar, no obtuvieron mayor respuesta por parte de las autoridades públicas:

Tenía moretones y le he dicho de la violación y ahí el médico legista me ha dicho: ¿eres virgen? No señor, le digo, yo tengo un hijo, pero he sido violada en la comisaría de San Juan de Miraflores. Y me dice: ‘¿quién te va a creer? Si no has sido virgen, ¿cómo vas a demostrar que te han violado?’ Eso me sirvió, señorita, para callarme y solamente a mi familia le he contado lo que me había pasado.⁶⁴

Otra mujer cuenta:

No es bonito pues decir o denunciar eso. Muchas veces le echan la culpa a la mujer de que ella provoca. Pero debe haber habido muchas violaciones pero nadie las dice.⁶⁵

La CVR no encontró información sobre procesos judiciales por violación sexual seguidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales, ni pudo encontrar investigaciones efectivas en el interior de las dependencias estatales.

Propuestas de reparación y reconciliación elaboradas por la CVR

El informe elaboró una serie de recomendaciones orientadas al desarrollo de un Compromiso Nacional por la Reconciliación, en las cuales se reconoce la existencia de una situación de discriminación general contra las mujeres. Por ello hace hincapié en la incorporación de una perspectiva de género en el proceso de construcción de la ciudadanía,⁶⁶ como elemento fundamental para la consolidación de una nueva sociedad.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁶⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VIII, *supra* nota 54, p. 25.

⁶⁶ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX, capítulo 1: “Fundamentos de la reconciliación”, <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, visitada el 1 de noviembre, 2004, p. 82.

De otro lado, el informe recomienda enfatizar la preocupación por la salud de las mujeres, ya que la CVR comprobó que se usó como método de tortura la desatención de sus necesidades básicas de salud.

En materia de educación se recomienda impulsar un plan de alfabetización con prioridad para la mujer adolescente y adulta de las zonas rurales, como una manera de contrarrestar el analfabetismo femenino, así como la deserción masiva de la escuela por parte de las niñas.⁶⁷

Al momento de reseñar los gestos públicos hacia las víctimas del conflicto armado, el informe recomienda al Estado pedir públicas disculpas y dedicar un momento significativo a la explicación de los hechos y abusos que atentaron directamente contra la sexualidad, el honor y la dignidad de las mujeres.⁶⁸

Finalmente, las medidas de reparación económica, establecidas en forma de pensiones y/o indemnización, incluyen específicamente a las víctimas de violación sexual y a los hijos nacidos como consecuencia de estos hechos, recomendándose una pensión hasta los 18 años.⁶⁹

VI. SUGERENCIAS PARA FUTURAS COMISIONES DE LA VERDAD

Si bien cada comisión de la verdad responde a una realidad particular y diferenciada, es posible delinear, a partir del caso peruano, algunas recomendaciones orientadas a la integración de una perspectiva de género en el trabajo de futuras comisiones.

Por una parte, es importante que los debates previos al establecimiento de las comisiones de la verdad incluyan la importancia de la incorporación de la perspectiva de género como herramienta de análisis y trabajo, de modo que este aspecto no sea visto como una imposición externa sino como el resultado de una discusión y acuerdo final. Asimismo, la visión de género debe estar presente en el proceso de confi-

⁶⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁶⁸ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX, capítulo 2.2: "Programa Integral de Reparaciones", <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, visitada el 1 de noviembre, 2004, p. 25.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 54.

guración de las comisiones, en cuanto a los objetivos de la investigación, la toma de testimonios, el diseño de la base de datos y la preparación del *Informe final*, entre otros aspectos.

Es importante también que las instancias de decisión e investigación reflejen una paridad de género, desarrollando políticas de inclusión que permitan el acceso equitativo de hombres y mujeres a las diferentes instancias de la organización. Como se sabe, la falta de paridad contribuye a asumir que las perspectivas y prioridades son las mismas, dejando de lado las necesidades propias de las mujeres. Si bien el análisis con perspectiva de género debe ser transversal al trabajo de las CV, es también necesario hacer hincapié en grupos o apartados específicos. En muchos casos, hacer transversal la perspectiva de género implica olvidar la realidad particular de las mujeres.

Es crucial, además, que el diseño de las políticas de reparaciones y reformas institucionales incorpore el análisis de género en la elaboración de sus propuestas. Finalmente, es fundamental que las comisiones logren difundir su compromiso con la equidad de género a nivel de la sociedad civil, de modo que las instancias destinadas al seguimiento de las recomendaciones y del *Informe final* tengan presente la continuidad del trabajo en este aspecto.

LAS AUTORAS

PAOLA BERGALLO

Abogada de la Universidad de Buenos Aires y master en Derecho de la Universidad de Columbia y en Investigación Jurídica de la Universidad de Stanford, donde es candidata doctoral. Actualmente es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

LUISA CABAL

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Derecho de la Universidad de Columbia. Es la directora del Programa Internacional del Centro de Derechos Reproductivos de Nueva York, donde coordinó, durante seis años, el Programa para América Latina y el Caribe.

LIDIA CASAS

Abogada de la Universidad Diego Portales de Santiago, B.A. en Desarrollo Urbano y Regional de la Universidad de Saskatchewan y master en Derecho de la Universidad de Toronto. Actualmente es profesora de la Facultad de Derecho e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales.

MARÍA MERCEDES GÓMEZ

Filósofa de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, con especialización en Instituciones Jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia y maestría en Género del New School for Social Research de Nueva York, donde es

candidata al doctorado en Teoría Política, con una disertación sobre crímenes de odio. Actualmente es directora del Departamento de Lenguajes y Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes de Bogotá.

ISABEL CRISTINA JARAMILLO

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Derecho de la Universidad de Harvard, donde es candidata al doctorado con una disertación sobre el Derecho de familia en Colombia. Actualmente es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes donde dirige la Cátedra Latinoamericana de Derecho y Género.

JULIETA LEMAITRE RIPOLL

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Género de la Universidad de Nueva York y en Derecho de la Universidad de Harvard, donde es candidata al doctorado con una disertación sobre movimientos sociales feministas y reformas legales de los años noventa en las Américas.

JULISSA MANTILLA

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú con diplomado en Estudios de Género de la misma universidad y maestría en Derechos Humanos de London School of Economics and Political Science. Actualmente es profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HILDA MORALES TRUJILLO

Abogada y notaria. Master en Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala con postgrado en Derecho Sindical y del Trabajo de la Universidad de los Estudios de Roma. Es profesora de las universidades de San Carlos y Rafael Landívar en Derechos Humanos de las Mujeres, coordinadora de investigaciones sobre participación política de las mujeres indígenas e integrante de la Red de la No Violencia contra las Mujeres.

LOURDES MOTTA-MURGUÍA

Licenciada en Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y master en Ciencias con especialidad

en Economía de la Salud y en Políticas de Salud de la Universidad de Birmingham. Actualmente es secretaria particular en la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud de México y directora del Programa de Derecho, Salud y Bioética del ITAM.

MÓNICA ROA

Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y master en Derecho Global de Interés Público de la Universidad de Nueva York. Actualmente dirige el proyecto Género y Justicia del Women's Link Worldwide.

LILIAN SEPÚLVEDA-OLIVA

Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rutgers donde se ha desempeñado como profesora de Derecho Penal y Crímenes contra la Humanidad. Además, ha sido consultora legal para el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas para Rwanda, en Arusha, Tanzania. Actualmente es la directora del programa latinoamericano del Centro de Derechos Reproductivos de Nueva York.

REGINA TAMES

Abogada de la Universidad Iberoamericana de México y master en Derecho Internacional, con enfoque en Derechos Humanos, de la American University. Actualmente es consultora de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México y profesora de la licenciatura en Derecho de la Universidad Iberoamericana.

MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ

Abogada de la Universidad de San Carlos de Guatemala con maestría en Derechos Humanos de la misma institución. Es especialista en Estudios de Género de la Universidad Rafael Landívar. Actualmente es profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y vice-presidenta del Instituto Guatemalteco de Derechos Humanos.