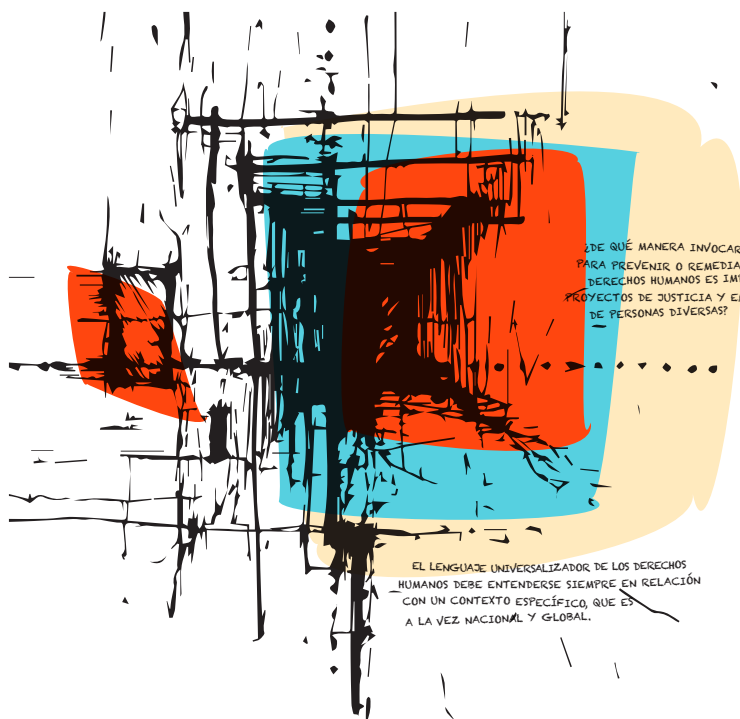


# Más allá de la virtud y el vicio

Por qué la ley puede ser una herramienta (o un obstáculo) para defender los derechos sexuales, reproductivos y de género

**Alice M. Miller**  
**Mindy Jane Roseman**  
compiladoras

LA DOCTRINA MODERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS ES PARTE DEL ORDEN INTERNACIONAL LIBERAL Y NEOLIBERAL QUE ESTRUCTURA PRINCIPALMENTE LAS RELACIONES ENTRE LOS INDIVIDUOS Y LOS ESTADOS.



DE QUÉ MANERA INVOCAR EL DERECHO PENAL PARA PREVENIR O REMEDIAR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ES IMPORTANTE PARA LOS PROYECTOS DE JUSTICIA Y EMANCIPACIÓN DE PERSONAS DIVERSAS?

EL LENGUAJE UNIVERSALIZADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBE ENTENDERSE SIEMPRE EN RELACIÓN CON UN CONTEXTO ESPECÍFICO, QUE ES A LA VEZ NACIONAL Y GLOBAL.

# Índice

<b>Presentación</b>	<b>7</b>
<i>Paola Bergallo</i>	
<b>Introducción</b>	<b>11</b>
<i>Alice M. Miller, Mindy Jane Roseman, Zain Rizvi</i>	
Parte I	
<b>Teoría y práctica transnacionales</b>	
<b>1. Janet Halley en conversación con Aziza Ahmed</b>	<b>37</b>
<b>2. Desplazamientos tectónicos: cómo la persecución penal se convirtió en la herramienta de referencia para reivindicar derechos</b>	<b>67</b>
<i>Alice M. Miller, Tara Zivkovic</i>	
<b>3. El principio de daño se encuentra con los delitos morales: derechos humanos, derecho penal, y regulación del sexo y el género</b>	<b>93</b>
<i>Alli Jernow</i>	
<b>4. Reflexiones de una activista por los derechos humanos</b>	<b>129</b>
<i>Widney Brown</i>	
Parte II	
<b>Perspectivas históricas nacionales</b>	
<b>5. Derechos virtuosos: sobre el excepcionalismo de la prostitución en Corea del Sur</b>	<b>151</b>
<i>Sealing Cheng, Ae-Ryung Kim</i>	

- 6. Las leyes sexuales brasileñas: continuidades, rupturas y paradojas** 183  
*Sonia Corrêa, Maria Lucia Karam*
- 7. El alcance de la falda en África del Sur. Demandas a la ley y a la tradición para que protejan y controlen las relaciones del género y la sexualidad** 213  
*Oliver Phillips*
- 8. El aborto como traición a la patria: la sexualidad y el nacionalismo en Francia** 249  
*Mindy Jane Roseman*

Parte III

Preocupaciones nacionales contemporáneas

- 9. Wanja Muguongo en conversación con Alice M. Miller** 271
- 10. Derecho penal, activismo y justicia sexual y reproductiva: qué podemos aprender de la campaña contra la selección de sexo en la India** 289  
*Geetanjali Misra, Vrinda Marwah*
- 11. Regalos envenenados: ¿viejas moralidades bajo nuevos ropajes?** 309  
*Esteban Restrepo Saldarriaga*
- 12. La mugre que traen: pánicos sexuales y los otros raciales en el Líbano** 343  
*Rasha Moumneh*
- 13. Los objetos en los espejos políticos pueden no ser lo que parecen** 361  
*Scott Long*
- 14. Producción de daño: un argumento a favor de la despenalización** 383  
*Joanna N. Erdman*
- Acerca de las autoras y autores** 413

# Presentación

La expansión del proyecto contemporáneo de los derechos humanos implicó nuevos usos del derecho penal en la lucha por la justicia a nivel global y local. También las reivindicaciones de derechos basadas en el género y, entre ellas, las que abordan los derechos sexuales y los reproductivos, abrazaron la estrategia punitiva en las últimas décadas. En ese contexto, quienes se dedican a la defensa de los derechos humanos y a su estudio académico tienen hace tiempo un desafío pendiente: el de identificar las tensiones y contradicciones que supone el maridaje entre el proyecto emancipador de las feministas y las disidencias sexuales, y la estrategia punitiva, una herramienta históricamente usada por sus detractores.

En el presente libro, Alice M. Miller y Mindy Jane Roseman recogen el guante de ese debate demorado. Y nos invitan a encarar el desafío de la mano de referentes de la práctica y la teorización sobre derechos humanos, sexualidad y reproducción a nivel global y local. El convite se plantea la empatía, la solidaridad, y la responsabilidad como ejes articuladores de una respuesta posible. El resultado es una obra rica en ejemplos de la complejidad, las tensiones, la potencia y los límites del cruce del moderno campo de los derechos humanos y el antiguo recurso al derecho penal. Cada uno de sus capítulos nos enfrenta a las paradojas de un proyecto al que podemos haber llegado desde el malestar por la impunidad histórica, pero en el que es difícil obviar los límites del derecho penal y sus impactos distributivos.

En las últimas décadas, América Latina ha testimoniado los dos grandes impulsos que proveen el trasfondo del debate global propuesto por Miller y Roseman. Por un lado, nuestra región ha liderado la búsqueda de la responsabilidad penal de los perpetradores de violaciones masivas de derechos humanos en los procesos de verdad y justicia, derramados en cascada a través de nuestros sistemas jurídicos. También en el ámbito de la demanda de sanción de la violencia basada en el género, el impulso por la coacción penal ha sido un recurso del feminismo de la dominación

en su expresión latino o iberoamericana. Hemos visto así reformas en pos de la ampliación de penas contra los violadores, la tipificación de nuevos delitos, como los femicidios o la violencia obstétrica, o la activación de las instituciones judiciales para la persecución efectiva de prácticas ante las que la justicia penal permanecía indiferente. La regulación del VIH, la trata y la prostitución fueron otros de los ámbitos en que florecieron las reivindicaciones punitivistas en defensa de los derechos sexuales.

Pero mientras esta expansión del recurso al derecho penal en la agenda de los derechos humanos, la sexualidad y la reproducción se difuminaba, nuestra región también observó un impulso opuesto. De a poco, en ciertos países se fueron extendiendo los reclamos por la despenalización del aborto y las prácticas que sancionaban identidades y prácticas sexuales estigmatizadas. Incluso, un impulso liberador habilitó un diálogo incipiente entre el abolicionismo y las defensoras del trabajo sexual respecto de la regulación penal de la oferta y la demanda de sexo.

En la encrucijada de esas dos energías enfrentadas, se concentran los trabajos compilados por Miller y Roseman. Y allí, a través de distintos formatos y propuestas metodológicas, los capítulos subrayan los costos y beneficios del recurso a la coacción penal cuando de expandir derechos se trata. *Más allá del vicio y la virtud* es una obra colectiva, polifónica, en la que las y los autores conjugan ambiciosas propuestas teóricas con extensa experiencia en la lucha cotidiana en la promoción de los derechos humanos de diversos grupos, identidades y demandas de interseccionalidad. Los trabajos abarcan segmentos de los debates en diversos continentes, conjugan la dimensión del derecho internacional y el local, y rastrean la historia o se involucran con el presente.

Desde una perspectiva crítica que exalta los contextos geográficos, culturales y temporales de los debates, el diálogo que proponen estas páginas subraya sinergias y disyunciones entre las agendas y los activismos. Como lo adelantan las compiladoras, el libro aboga por un mundo que integra y desjerarquiza los saberes académicos y la práctica de la defensa de los derechos humanos. El conocimiento, y en especial, la capacidad de teorizar no pueden ser prerrogativas de un mundo aislado de los desafíos políticos en los que los derechos humanos se niegan o se conquistan. Para mostrar que esa capacidad de teorización excede las torres de marfil de ciertos modelos academicistas poco complejos, la obra convoca a un conjunto diverso de activistas y académicos del Norte y el Sur Global, en una variada escritura que va de la entrevista a la autobiografía, y el análisis desde distintos marcos disciplinares como la historia, el derecho, la antropología o la salud pública.

La traducción al castellano de esta obra aparece en un momento clave para los movimientos de mujeres, feminismos y disidencias sexuales de América Latina. En tiempos en que se consolidan algunos de los impulsos contrastantes que mencionábamos más arriba, llegó el momento de que la academia y el activismo latinoamericano se hagan cargo de los desafíos de sobre- y subinclusión que plantean las iniciativas que recurren a la penalización del género, la sexualidad y la reproducción. *Más allá del vicio y la virtud* puede ser un punto de partida para los foros y los países de nuestra región en los que estos debates son todavía una deuda. En otros ámbitos, allí donde la discusión ya se instaló, puede aportar a enriquecer el diálogo desde la pluralidad de voces, perspectivas y experiencias contextuales. Desde la colección “Derecho y política”, celebramos esta nueva oportunidad de abrir o amplificar diálogos a partir del aprendizaje de otras tradiciones jurídicas, de otras subjetividades y de otras posibilidades de teorizar.

PAOLA BERGALLO

### **ACLARACIÓN**

En este libro se ha procurado evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@” o “-a/as”. En aquellos casos en los que no se ha podido evitar pluralizar en masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración.

# Introducción

*Alice M. Miller*

*Mindy Jane Roseman*

*Zain Rizvi*

Los derechos humanos se interesan por el poder: lo identifican, desconfían de él, y evalúan su funcionamiento para bien y para mal en las interacciones humanas. Los derechos humanos como doctrina y práctica se preocupaban inicialmente por el abuso de la autoridad estatal, y las áreas de enfoque predominantes en este campo han estado limitando este abuso y criticando la administración de justicia penal. El derecho penal como teoría y práctica es una de las formas concretas más visibles del poder de policía del Estado, y junto con la capacidad militar, uno de los usos privilegiados de la fuerza coercitiva del Estado.<sup>1</sup>

Pero los derechos humanos como retórica y práctica también tratan de emplear el poder del Estado de maneras más afirmativas. En las últimas dos décadas, los defensores de los derechos humanos han hecho demandas al poder del Estado en los ámbitos de la salud, la vivienda y la educación, exigiéndole que cumpla con sus obligaciones en estos campos sociales, económicos y políticos. Los movimientos que abogan por los derechos han invocado cada vez más el uso del poder del Estado para reparar el daño, y algunos han dado un giro más definitivo hacia la persecución penal. Es posible que no exista ninguna contradicción esencial entre la interacción de promotores de derechos humanos con el derecho penal y sus intentos de limitar su uso; después de todo, los

1 A lo largo de los años, los derechos humanos han ampliado su campo de aplicación para incluir los usos y abusos de poder de una amplia gama de diferentes agentes (las empresas, las instituciones religiosas, los grupos armados, las organizaciones intergubernamentales, los individuos, etc.). Véase, por ejemplo, Jochnick, Chris (1999), "Confronting the Impunity of Non-state Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 21, n° 1: 56-79.



derechos humanos pueden funcionar como “escudo y espada” respecto de los poderes penales del Estado.<sup>2</sup> Sin embargo, tanto en su promoción como en su estudio, hay una notable falta de atención y de evaluación de estos dos enfoques como profundamente interconectados. Los que trabajan en derechos humanos han tendido a centrarse en el derecho penal ya sea como amigo o como enemigo dentro de sus subcampos, en lugar de reconocer su diversa instrumentalización en los distintos subcampos.

Esta bifurcación de la atención sugiere una vejación profunda e irresuelta en la teoría y la práctica de los derechos humanos en lo que respecta al derecho penal. Este libro intenta responder a este silencio a través de un análisis de disputas, lagunas y contradicciones en las fronteras de la despenalización y la penalización en la teoría y la práctica de los derechos a nivel nacional y transnacional, en especial en el trabajo sobre sexualidad, género y reproducción. Dado que la articulación entre los derechos y el derecho penal en estos ámbitos es cada vez más profunda, lo cual produce dilemas preocupantes en casi todos los regímenes (nacionales y transnacionales), el debate se torna necesario. Tenemos que empezar a esbozar un marco reflexivo y principios de intervención para analizar la relación más bien tensa que existe entre los derechos humanos y el derecho penal.<sup>3</sup>

El uso del derecho penal para regular el sexo, el género y la reproducción no es por cierto algo nuevo; tal regulación ha sido una marca distintiva del Estado moderno. En términos taxonómicos, el “derecho penal” es simplemente la designación doctrinal que se da a las leyes que definen el contenido de los delitos y sus penas. También abarca los procedimientos en torno a cómo se investigan los delitos, cómo se reúnen las pruebas y cómo se acusa, se juzga y se trata a los sospechosos en caso de condena o exoneración. El derecho penal es el régimen que permite al Estado utilizar la fuerza (por ejemplo, privar de libertad, multar, casti-

2 Tomamos este término de los debates que siguieron a Christine Van den Wyngaert, como se desarrolla en Tulkens, Françoise (2011), “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, 9: 577-595.

3 Las contradicciones dentro de los movimientos por la justicia no son únicas, tal vez, ni tampoco la dificultad general de aferrarse a la protección de los derechos de la víctima y del violador de derechos. Nos interesa cómo las preguntas que hacemos –como feministas comprometidas y estudiosas de los derechos humanos interesados en asuntos de la llamada “libertad individual” con un papel directo y más íntimo en la construcción social de género– también importan en estas contradicciones generales en el marco de la fuerte acogida de los derechos humanos a la persecución penal.

gar físicamente o ejecutar) como respuesta a determinado conjunto de actos considerados en ese momento y lugar lo suficientemente “perjudiciales” para justificar la imposición de ese dolor.<sup>4</sup> Aquello que constituye un delito da lugar a la capacidad del Estado de castigar y al mismo tiempo la limita, y el modo en que el Estado impone dicho castigo cambia constantemente. Muchos trabajos fundacionales en el campo de la criminología y la dogmática penal muestran que la definición de delito y pena es una cuestión de ideología y política; de concepto, norma y táctica; de moralidad y economía.<sup>5</sup> Estas ideologías y moralidades son juicios sobre la conducta y las personas. Por lo tanto, no es algo nuevo reconocer que casi todos los aspectos de la definición de una persona “buena” en la sociedad están atados a la constitución del delito, el derecho penal y el delincuente.

De las últimas dos décadas más o menos, lo novedoso es la expansión de los derechos humanos en la regulación de las prácticas y expresiones sexuales, reproductivas y de género. Las demandas en torno a los derechos sexuales y reproductivos llegan de la mano de sus respectivos movimientos sociales, que en ocasiones trabajan con objetivos contrapuestos en lo que respecta al papel del derecho penal. La pregunta de este libro sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal surge en esta inflexión impulsada por estos movimientos. El punto de inflexión actual incluye al mismo tiempo demandas para liberalizar prácticas que antes se penalizaban (por ejemplo, la despenalización de las relaciones sexuales extramatrimoniales, ya sean relaciones heterosexuales, homosexuales o por dinero) y demandas para penalizar prácticas que antes no se sancionaban (por ejemplo, las relaciones sexuales forzadas dentro del matrimonio).

Hoy en día, los derechos humanos se presentan a sí mismos como una práctica emancipadora y de lucha contra el poder y, al mismo tiempo, como una práctica de persecución penal y carcelaria.<sup>6</sup> Por supuesto que

4 Dubber, Markus (2004), “A Political Theory of Criminal Law: Autonomy and the Legitimacy of State Punishment”, *Social Science Research Network*, 15 de marzo. Véase también el análisis que figura más adelante en esta introducción.

5 Foucault, Michel (1977), *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Nueva York, Vintage [ed. cast.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005]; Ignatieff, Michael (1989), *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, Prescott, AZ, Peregrine Books.

6 Véase Silk, James J. (2014), “International Criminal Justice and the Protection of Human Rights: The Rule of Law or the Hubris of Law?”, *Yale Journal*

la reivindicación de los derechos humanos no es lo único que motiva el derecho penal. En el ámbito nacional e internacional, severas sanciones penales se invocan tanto para defender los “valores tradicionales” como para promover los “derechos humanos modernos”. Estos impulsos diversos pueden verse en las recientes demandas para imponer la pena de muerte a homosexuales (en Uganda y otros lugares)<sup>7</sup> y a quienes matan a homosexuales (en los Estados Unidos).<sup>8</sup> Prácticas draconianas arrastran impulsos abiertamente progresistas de castigar al servicio de una ética superior, como ocurre con las demandas mundiales para “poner fin a la impunidad” de la violencia contra las mujeres mediante la persecución penal de violadores en contextos tan diversos como los conflictos de la parte oriental de la República Democrática del Congo y la ex Yugoslavia, y las recientes violaciones “tristemente célebres” en India. El hecho de que las demandas mundiales para castigar la violación formen parte de un régimen internacional de derechos que excluye de forma explícita la pena de muerte parece perderse en la demanda por parte de algunos grupos para ejecutar a los violadores a escala nacional. En ocasiones, la liberalización del derecho penal en un aspecto de la sexualidad se compensa literalmente en otras partes del código penal, como en Nicaragua, donde el aborto se penalizó en todos los casos, así como se despenalizó

---

*of International Law Online*, 39, <cpb-us-w2.wpmucdn.com/campuspress.yale.edu/dist/8/1581/files/2017/01/Silk-hubris-of-law-as-published-16ethn9.pdf>. Para los aspectos carcelarios específicos de las interacciones feministas con los derechos y las leyes, véase también Bernstein, Elizabeth (2014), “Military Humanitarianism Meets Carceral Feminism: The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Anti-trafficking Campaigns”, *Signs*, 40, n° 1: 45-72.

7 La ley contra la homosexualidad de Uganda, de 2014, pedía inicialmente la pena de muerte para los casos “agravados”. Otros países en los que la homosexualidad está oficialmente tipificada como delito capital son Irán, Mauritania, Arabia Saudita, Sudán y Yemen. Para más detalles, véase Carroll, A. y Mendos, L. R. (2017), *State-Sponsored Homophobia 2017: A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, Ginebra, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex Association [ed. cast.: *Homofobia de Estado. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, Ginebra, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, 2017]. Nigeria y Rusia promulgaron recientemente leyes que aumentan las penas por actos homosexuales y “reclutamiento”.

8 Geidner, Chris (2009), “Hate Crimes Act Makes Conference Report, Death Penalty Gone”, *Law Dork* (blog), 8 de octubre, <www.eqfl.org/blog/766/766>.

la conducta homosexual, en ambos casos en nombre de los derechos humanos.<sup>9</sup>

Otros ejemplos ilustran las sinergias y disyunciones en y entre el derecho penal y la reivindicación de derechos, a medida que la regulación de la sexualidad, el género y la reproducción se vuelve más evidente y extensa. En 2004, representantes de varias naciones de África occidental se reunieron en Yamena, Chad, con el objetivo de desarrollar una legislación modelo para hacer frente a una epidemia persistente de VIH.<sup>10</sup> En los arts. 1 y 36 de esta ley modelo, se pedía a las naciones que penalizaran el riesgo de transmisión del VIH.<sup>11</sup> Las promotoras de los derechos de las mujeres estaban en ambos lados del reclamo. Algunas estaban convencidas de que el derecho penal les daría una ventaja sobre sus parejas promiscuas; a otras les preocupaba que el derecho penal solamente estigmatizara y desempoderara a las mujeres.<sup>12</sup> Muchos países penalizan el VIH en contextos locales completamente diferentes: Canadá encabeza la lista de las naciones que persiguen penalmente prácticas asociadas a la transmisión del VIH; Uganda se sumó a la lista en 2014.<sup>13</sup>

- 9 Nicaragua despenalizó la homosexualidad en su código penal revisado de 2008 (art. 36 [5]), y ese mismo código penal convirtió el aborto en delito en cualquier situación (arts. 143 y 145). Véase República de Nicaragua (2008), Código Penal, Ley 64, <www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/CP\_641.pdf>.
- 10 AWARE - HIV/AIDS (2004), “Regional Workshop to Adopt a Model Law for STI/HIV/AIDS for West and Central Africa—General Report”, septiembre, anexo 1, p. 7, cit. en “UNAIDS Recommendations for Alternative Language to Some Problematic Articles in the N’Djamena Legislation on HIV (2004)”, UNAIDS, 2008, 1, <data.unaids.org/pub/manual/2008/20080912\_alternativelanguage\_ndajema\_legislation\_en.pdf>.
- 11 Esta ley modelo fue adoptada por varios países de África occidental y central. Véase Pearshouse, Richard (2007), “Legislation Contagion: The Spread of Problematic New HIV Laws in Western Africa”, *HIV/AIDS Policy and Law Review*, 12, n° 2-3: 5-11. Para una visión global, véase UNAIDS (2011), “Criminalisation of HIV Non-disclosure, Exposure and Transmission: Background and Current Landscape”, monografía, Reunión de Expertos sobre la Ciencia y la Ley de Penalización de la No Revelación, Exposición y Transmisión del VIH, Ginebra, Suiza, 31 de agosto a 2 de septiembre, revisado en febrero de 2012, <www.unaids.org/sites/default/files/media\_asset/JC2322\_BackgroundCurrentLandscapeCriminalisationHIV\_en.pdf>.
- 12 Véase Ahmed, Aziza (2011), “HIV and Women: Incongruent Policies, Criminal Consequences”, *Yale Journal of International Affairs*, 6, n° 1, invierno: 32-42.
- 13 *Regina c. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584 (Can.), <scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/10008/index.do>; Uganda, Ley de prevención y control del VIH y el SIDA, 2014, <www.hivlawandpolicy.org/sites/www.hivlawandpolicy.org/files/Ugandan-HIV%20Law.pdf>. La ley fue revocada por un tecnicismo. Véase Helbling, William (2014), “Uganda Constitutional Court Strikes Down Anti-gay Law”, *Jurist*, 1º de agosto,

Las leyes sobre prostitución son un campo especialmente contradictorio y de tensión para el derecho penal y las demandas de derechos. Desde el siglo XIX, exacerbadas por las convenciones contra la trata, las leyes sobre prostitución sirvieron en muchos países para castigar el sexo practicado “meramente” para satisfacer las pasiones de otro, y señalaron (en primer lugar) a las mujeres como vectores manchados de lujuria y enfermedad. Ahora las leyes penales sobre prostitución han sido barnizadas por el lenguaje de los derechos de las mujeres, en parte mediante la confluencia entre prostitución y trata, aprovechando la superposición de las doctrinas jurídicas de los siglos XIX, XX y XXI sobre la trata de personas.<sup>14</sup> Esos defensores de los derechos que recuperan las leyes sobre prostitución afirman que protegen la autonomía de la mujer al penalizar la compra (y a veces la venta) de sexo. Esto está en tensión directa con las demandas de otros defensores de los derechos humanos según las cuales la despenalización protege mejor la autonomía sexual. Canadá, por ejemplo, recientemente salió de una feroz lucha parlamentaria sobre el enfoque adecuado para reformar su derecho penal luego de que el Tribunal Constitucional derogara aspectos fundamentales de su ley que regula la venta de sexo, aduciendo que la propia ley promovía la violencia contra los trabajadores y las trabajadoras sexuales.<sup>15</sup> A pesar de una avalancha de críticas, en 2015 Amnistía Internacional aprobó una resolución que autorizaba a su consejo directivo a desarrollar y adoptar una política que apoyara la despenalización total de todos los aspectos del trabajo sexual consensuado.<sup>16</sup>

---

[jurist.org/paperchase/2014/08/uganda-constituitional-court-strikes-down-anti-gay-law.php](http://jurist.org/paperchase/2014/08/uganda-constituitional-court-strikes-down-anti-gay-law.php).

- 14 Asamblea General de las Naciones Unidas (2000), *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, A/RES/55/25, 15 de noviembre, implementado desde el 25 de diciembre de 2003, <[www.refworld.org/docid/4720706c0.html](http://www.refworld.org/docid/4720706c0.html)>. Para más información sobre la superposición de la prostitución y la trata con fines sexuales, véase Chuang, Janie A. (2010), “Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-trafficking Law and Policy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 158, n° 6: 1655-1728.
- 15 Véase la Ley de protección de las comunidades y las personas explotadas, S.C. 2014, c. 25 (Can.), <[openparliament.ca/bills/41-2/C-36](http://openparliament.ca/bills/41-2/C-36)>.
- 16 Véanse Amnistía Internacional (2015), “Global Movement Adopts Policy to Protect the Human Rights of Sex Workers”, comunicado de prensa, 11 de agosto, <[www.amnesty.org/en/latest/news/2015/08/global-movement-votes-to-adopt-policy-to-protect-human-rights-of-sex-workers](http://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/08/global-movement-votes-to-adopt-policy-to-protect-human-rights-of-sex-workers)> [disponible en español en <[www.amnesty.org/es/latest/news/2015/08/global-movement-votes-to-adopt-policy-to-protect-human-rights-of-sex-workers](http://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/08/global-movement-votes-to-adopt-policy-to-protect-human-rights-of-sex-workers)>]; y Amnistía

Siguen surgiendo controversias sobre el uso del derecho penal al servicio de los derechos de las mujeres en el hemisferio norte y el hemisferio sur, ya sea en relación con la persecución penal por mutilación o ablación genital femenina o con las penas por llevar velo en la cabeza.<sup>17</sup> A partir de 2017, algunos defensores de los derechos vinculados con la intersexualidad también se han sumado al enfoque de la “persecución penal como instrumento de los derechos humanos”, haciendo campaña para que se impongan sanciones penales a aquellos médicos que realicen cirugías y ablaciones genitales que no sean necesarias médicamente.<sup>18</sup>

A pesar de la omnipresencia de estos brotes desde los derechos hacia el uso (y abuso) del derecho penal en la actualidad, los sistemas jurídicos formales basados en los derechos humanos, así como la constelación de movimientos organizados por la defensa y promoción de derechos, son relativamente nuevos en los ámbitos del sexo, el género y la reproducción, al menos en comparación con el derecho penal, sus procedimientos y los profesionales que lo practican. El despliegue de argumentos de derechos humanos para defender la despenalización del aborto o del sexo extramatrimonial, o la penalización de la agresión sexual como reivindicación de la autonomía y los derechos humanos, es aún más reciente.<sup>19</sup> Como se ha señalado, la regulación de la sexualidad, el género y la reproducción por parte del derecho penal tiene una conexión variada pero profunda con el surgimiento del Estado moderno. La novedad relativa de la dinámica entre el reconocimiento de los derechos de género, sexuales y reproductivos, y la centralidad de su control para el Estado moderno tal vez explique la diversidad de posturas y normas generadas.

---

Internacional, “Resolution on State Obligations to Respect, Protect, and Fulfil the Human Rights of Sex Workers”, consultado el 30 de marzo de 2018, <[www.amnesty.org/policy-on-state-obligations-to-respect-protect-and-fulfil-the-human-rights-of-sex-workers](http://www.amnesty.org/policy-on-state-obligations-to-respect-protect-and-fulfil-the-human-rights-of-sex-workers)> [disponible en español en <[www.amnesty.org/es/policy-on-state-obligations-to-respect-protect-and-fulfil-the-human-rights-of-sex-workers](http://www.amnesty.org/es/policy-on-state-obligations-to-respect-protect-and-fulfil-the-human-rights-of-sex-workers)>].

- 17 Miller, Alice M. y Roseman, Mindy J. (2011), “Sexual and Reproductive Rights at the United Nations: Frustration or Fulfillment?”, *Reproductive Health Matters*, 19, n° 38: 102-118.
- 18 Human Rights Watch e interACT (2017), “‘I Want to Be like Nature Made Me’: Medically Unnecessary Surgeries on Intersex Children in the US”, 25 de julio, <[www.hrw.org/report/2017/07/25/i-want-be-nature-made-me/medically-unnecessary-surgeries-intersex-children-us](http://www.hrw.org/report/2017/07/25/i-want-be-nature-made-me/medically-unnecessary-surgeries-intersex-children-us)>.
- 19 Miller, Alice M. (2000), “Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights”, *Health and Human Rights*, 4, n° 2: 68-109.

Ha llegado el momento de revisar las uniones y disyunciones entre los derechos humanos y el derecho penal, entre demandas de sexualidad, reproducción y género. Al hacerlo, podemos identificar algunas condiciones y reglas de articulación que guíen la promoción y el ejercicio de los derechos humanos, en lo que respecta a la ampliación o limitación del recurso al derecho penal. En este punto, necesitamos un método y una ética, y debemos considerar el significado de tales reglas para una diversa gama de personas. En particular, aceptamos los peligros de la sobrerregulación y la subregulación en simultáneo en ciertas iniciativas para promover la despenalización, dadas las dificultades en el acceso a la justicia para muchas poblaciones marginadas que con frecuencia no son reconocidas como víctimas de delitos.

Este libro se ofrece como una introducción a esas conversaciones y debates. En los capítulos que siguen, reconocidos académicos y promotores de los derechos humanos de todo el mundo escriben desde sus diversas disciplinas (historia, derecho, salud pública, antropología) y espacios de acción (derechos de las mujeres, derechos de las personas homosexuales, derechos de los trabajadores y las trabajadoras sexuales, derecho constitucional, activismo en torno al VIH, derechos humanos en general) sobre las cuestiones y los problemas de su trabajo en la intersección del derecho penal, los derechos humanos, y la sexualidad, el género y la reproducción.

Todas las y los colaboradoras, al igual que las compiladoras, comparten diversas conexiones con el movimiento por los derechos humanos y se consideran críticos amistosos de este en distintos grados. Muchos se han opuesto activamente al ejercicio excesivo del poder policial y a la promoción de la despenalización en general, mientras que otros han participado en campañas para ampliar la respuesta del derecho penal a violaciones específicas (por ejemplo, la violencia contra las mujeres). Aun así, otros son más escépticos en cuanto al uso del derecho penal para promover los derechos humanos. Les pedimos a todas y todos que escribieran en inglés, aunque esta no necesariamente sea su primera lengua.<sup>20</sup> En este momento de sus vidas, y cualquiera que sea su origen, la mayoría de ellos es considerada parte de una comunidad global y cosmopolita que comparte muchos valores. Uno de nosotros puede identifi-

20 Las editoras reconocen que, aunque las referencias bibliográficas que aparecen en el libro son en general fuentes en idioma inglés, existe una vasta literatura en español y portugués sobre los temas tratados en los diferentes capítulos.

carse con claridad como abolicionista del Estado que castiga penalmente, mientras que varios de los demás tenemos una visión escéptica de la utilización del derecho penal por parte del Estado, pero aceptamos su papel (posiblemente mucho más reducido y siempre más responsable) en dirigir cierto grado de poder coercitivo para castigar.

Hemos organizado el libro en tres secciones: los capítulos de la primera parte se centran en los aspectos internacionales y transnacionales de los derechos humanos y el derecho penal; los de la segunda, en cuestiones delimitadas en el plano nacional desde una perspectiva histórica; y los de la tercera, en los debates nacionales sobre los derechos en el momento actual. Por supuesto, lo local conforma lo global, y las luchas históricas se filtran constantemente al presente. El derecho es un hilo conductor que recorre los capítulos, pero el discurso jurídico –las opiniones judiciales y la legislación– no siempre es el punto de su investigación. Esto se debe a los diferentes lugares disciplinarios y teóricos de las y los autores que contribuyen; la historiadora Mindy Jane Roseman, por ejemplo, se centra en unos pocos casos específicos, mientras que la abogada de derechos humanos Widney Brown reflexiona sobre el arco de su carrera.

Las autoras y autores tuvieron la libertad de escribir de la manera que mejor se adaptara a sus voces, así como de llegar más allá del público habitual de una publicación académica. Por esa razón, los capítulos, aunque tratan temas similares, no son ensayos uniformemente expositivos. Algunos se presentan en forma de entrevista (por ejemplo, entre Aziza Ahmed y Janet Halley, y entre Alice M. Miller y Wanja Muguongo) y de relato en primera persona (como los capítulos de Brown y Scott Long), mientras que otros son críticas autorreflexivas situacionales (como el capítulo de Geeta Misra y Vrinda Marwah, y el de Oliver Phillips). Creemos que este abordaje mantiene la integridad conceptual del libro y destaca que ningún género de discurso tiene por qué dominar la investigación. Además, la elección de acoger e integrar las entrevistas y la autorreflexión con los ensayos reconoce que la investigación en materia de derechos humanos no surge únicamente del bastión exclusivo de la academia.

La organización del libro busca difundir nuestro mensaje principal: los puntos en común significativos en materia de derechos humanos solo pueden derivarse de una diversidad de perspectivas y experiencias a lo largo del espacio y el tiempo. Por lo tanto, partimos de metodologías fundamentadas, inspiradas en la tradición nominalista que honra los detalles dispares en la elaboración de una explicación más amplia. No existe un punto de vista privilegiado desde el cual discernir la totalidad de las complejas y espontáneas experiencias vividas.



En cuanto al contenido del libro, pedimos a nuestras autoras y autores que abordaran dos preguntas. Primero, ¿de qué manera invocar el derecho penal para prevenir o remediar violaciones de derechos humanos es importante para los proyectos de justicia y emancipación de personas diversas? En segundo lugar, y a la inversa, ¿de qué manera la doctrina y la práctica de los derechos humanos limitan (o permiten) la legitimidad y la administración del derecho penal y sus pretensiones de servir a la justicia? Muchas autoras y autores incorporan puntos de vista de estudios feministas, teoría crítica de la raza y estudios *queer* para investigar el poder y sus creaciones indeterminadas en el ámbito de la investigación del derecho penal.

Las y los colaboradores de este volumen investigan las contradicciones, señalan las semejanzas y los supuestos, analizan las alianzas “impuras” y ponen sobre la mesa represiones inadvertidas. Estudian las relaciones entre las historias de su país y las políticas contemporáneas orientadas en torno al derecho penal, organizadas sobre la base de ideas de una ciudadanía sexualizada y de género. Muchos de los capítulos cuentan historias sobre estados o gobiernos que usan el derecho penal al servicio de la construcción de la nación, o en la construcción social de cierto tipo de ciudadano. Investigan las expectativas de comportamiento basado en la raza y el género que prevalecen en diversos estados en distintos momentos políticos, con la debida deferencia a la clase y otros privilegios en la aplicación selectiva. Unos cuantos capítulos se entremezclan con historias de pánicos morales y sexuales que desviaron la atención de una mala gestión (o permitieron a los gobernantes consolidar el poder). En varios de los capítulos se examinan los desafíos de la acción en la promoción de derechos, en especial en los pedidos de penalización por parte de promotores de derechos humanos que conocen muy bien los riesgos y costos para los inocentes y los culpables. Aunque en algunos de los capítulos se haga menos referencia al derecho internacional de los derechos humanos que en otros, sí se hace referencia a las constituciones, que se han basado en las doctrinas modernas de derechos humanos y se han enriquecido de ellas.

Los derechos humanos, como el último proyecto mundial común vigente,<sup>21</sup> utilizan lenguajes y métodos que nos seducen y conducen a una

21 Moyn, Samuel (2010), *The Last Utopia*, Cambridge, MA, Harvard University Press [ed. cast.: *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2015, libro electrónico].

problemática de universalidad eterna.<sup>22</sup> Queremos enfrentar esa problemática en contexto. En los capítulos que siguen, observamos que el lenguaje universalizador de los derechos humanos (en este caso, respecto de la sexualidad, el género y la reproducción, y su entrelazamiento con la criminalidad) debe entenderse siempre en relación con un contexto específico, que es a la vez nacional y global (y, dentro de este último, tanto transnacional como internacional). En otras palabras, el discurso y las instituciones (de los cuales el derecho penal y los derechos humanos son parte) dialogan en los límites jurisdiccionales y temporales, pero conservan cierta fidelidad a sus jurisdicciones.<sup>23</sup> Esto se confirma en cada capítulo. Las abstracciones del derecho penal ceden ante operaciones e ideologías específicas dentro de luchas nacionales en torno a la raza, la edad y el género en estas historias, y entre ellas.

Alentamos a las y los autores de los capítulos a establecer conexiones entre los temas que suelen tratarse en los “nichos” de promoción y defensa de derechos. Les pedimos que pensarán en cómo la reforma de una ley de violación, por ejemplo, podría vincularse a la reforma de una ley de sodomía, o cómo las políticas de aborto podrían ubicarse como parientes cercanas de las políticas *queer* a través de escándalos o reformas del derecho penal. Nuestras razones para hacerlo derivan de frustra-

22 Como analizamos en nuestra conclusión, la indeterminación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal siempre significa que hay holgura y no existe un único resultado “correcto”. Con la ausencia de la certeza de una base para el derecho, este ensayo sugiere que los académicos y defensores deben hacer lo que los especialistas en estudios críticos del derecho llaman un “análisis distributivo” (para determinar quién se beneficia y quién sale perjudicado). Este análisis se hace mejor a través de una experiencia fundamentada y una empatía genuina por todos aquellos que tienen algo en juego, en especial los delincuentes. En otras palabras, las víctimas no son los únicos que cuentan, ni cuentan de forma más importante. La empatía y la responsabilidad por el dolor (sin importar cuán justo) infligido a los demás son inherentes al concepto de igualdad de dignidad y derechos, como expresan la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos subsiguientes. Reconocer la desigualdad estructural que existía de antemano también es un componente del análisis distributivo; por lo tanto, debe considerar las disparidades y los desequilibrios de poder que a menudo van de la mano del género, la raza, la clase y otras categorías sociales.

23 Esta idea se basa tanto en los textos metodológicos históricos intelectuales de Dominick LaCapra como en las ideas de Sally Engle Merry sobre una lengua vernácula de derechos humanos. Véanse LaCapra (1983), *Rethinking Intellectual History: Texts, Contexts, Language*, Ithaca, NY, Cornell University Press; y Merry (2009), “Legal Transplants and Cultural Translation: Making Human Rights in the Vernacular”, en *Human Rights: An Anthropological Reader*, Mark Goodale (comp.), Hoboken, NJ, Wiley-Blackwell, pp. 265-302.

ciones en nuestras propias experiencias como promotoras de derechos humanos y académicas.<sup>24</sup> Las acciones de defensa y promoción de los derechos humanos suelen aislar a la sexualidad, el género y la reproducción unos de otros. La “sexualidad” en el trabajo en materia de derechos suele referirse a temas relacionados con la orientación sexual, el trabajo sexual, la explotación sexual y la transmisión del VIH; el “género” se amalgama con la igualdad y discriminación de las mujeres, incluida la violencia basada en el sexo y el género; y la “reproducción” con frecuencia se reduce al aborto, aunque a veces incluye la anticoncepción, las tecnologías de reproducción asistida o la subrogación, y la mortalidad materna.<sup>25</sup> Desde la perspectiva de los derechos humanos, aunque los mismos derechos se alinean para apoyar acciones de defensa y promoción en cada ámbito (por ejemplo, la privacidad, la no discriminación, la salud, el derecho a no ser torturado y otros derechos a la integridad física), la práctica y el desarrollo reales de los derechos en estos ámbitos están muy desconectados.

Sin duda, esto es un instrumento de la economía política de la defensa y promoción de los derechos. Las grandes organizaciones internacionales de derechos humanos, como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, están sectorizadas por poblaciones y temas (por ejemplo, las mujeres, los niños, las armas, la delincuencia internacional), o según zonas geográficas; las organizaciones no gubernamentales más pequeñas suelen abordar un único tema (el matrimonio forzado, la mutilación/ablación genital femenina, los negocios, la información). Todos compiten por un conjunto limitado de recursos y atención pública. Las iniciativas que abarcan varios temas y combinan recursos humanos y financieros son la excepción que confirma la regla, a pesar de los beneficios obvios de un abordaje integral. La creación de silos es, creemos, una de las principales causas de la llamativa falta de teorización en términos de derechos humanos sobre la persecución penal y la defensa penal. Rara vez un informe sobre violencia contra las mujeres aborda la cuestión de cómo proteger mejor los derechos del acusado. Notablemente, las clasificaciones legales formales de estos mismos temas no siempre caen en el mismo

24 Miller y Roseman, “Sexual and Reproductive Rights”.

25 Cuando se amplía el género para abarcar la “identidad de género” o transgénero, se vuelven a transitar sus asociaciones con la sexualidad (homosexual), como en el acrónimo SOGI (orientación sexual e identidad de género) o LGBT. Véase Miller, Ali (2011), “Fighting over the Figure of Gender”, *Pace Law Review*, 31, n° 3, junio: 837-872.

silo. Por ejemplo, la penalización de la conducta sexual aparece a veces en secciones del código penal relacionadas con delitos contra el cuerpo y otras veces entre los delitos contra el honor y las ofensas públicas. Como señala Roseman en su capítulo, los delitos de aborto han sido catalogados como delitos contra el Estado y como delitos contra una persona.

Por otra parte, la tendencia a categorizar la defensa y promoción de los derechos por tema también va en contra del reconocimiento de que muchísimos asuntos de derechos humanos son interseccionales;<sup>26</sup> la taxonomía específica de las diferencias sociales –la raza o etnia, el género, la sexualidad, el estatus socioeconómico, la capacidad física, etc.– es artificial y falsa. Más bien, estas categorías sociales confieren grados de privilegio y marginación que, a su vez, varían dentro de cada categoría y entre ellas. Para que las estrategias de defensa y promoción de derechos humanos sean eficaces, deben tener en cuenta las formas en que esas categorías se cruzan, en especial al invocar el poder del derecho penal. Como señalan varias autoras y autores (Ahmed y Halley, Miller y Tara Zivkovic, Sonia Corrêa y Maria Lucia Karam, Brown y Long, entre otros en este volumen), la administración de justicia penal es selectiva; la política y los prejuicios que se basan en un aspecto de la persona desempeñan un papel fundamental en cómo se la trata. Debido a su raza o etnia, orientación sexual, conducta o expresión de género no conforme, edad o clase, los individuos pueden ser más o menos vulnerables al acoso, el arresto, la persecución penal y el castigo por sus actos sexuales.<sup>27</sup> De manera importante, sin embargo, aunque algunas de las lógicas de la penalización estén interconectadas y se refuercen entre sí, existen asimetrías y discontinuidades, como dejan en claro los capítulos de Roseman y de Misra y Marwah. La regulación penal del embarazo y su interrupción, por ejemplo, tiene una lógica propia muy específica, a veces relacionada, aunque con frecuencia diferenciada de la regulación de los actos sexuales, incluidas las leyes sobre la prostitución, la orientación sexual y la identidad o expresión de género, y la no transmisión del VIH. Aunque el

26 Crenshaw, Kimberlé (1991), “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, 43, n° 6: 1241-1299; Cho, Sumi, Williams Crenshaw, Kimberlé y McCall, Leslie (2013), “Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis”, *Signs*, 38, n° 4: 785-810.

27 Véase Rubin, Gayle (1984), “Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality”, en Peter M. Nardi y Beth E. Schneider (comps.), *Social Perspectives in Lesbian and Gay Studies: A Reader*, Londres, Routledge, 1998, pp. 100-133.

embarazo esté muchas veces relacionado con la conducta sexual, los regímenes jurídicos y las maniobras políticas para abordar ambos aspectos son históricamente muy distintos.<sup>28</sup> Estos itinerarios se apartaron incluso antes de que las demandas sobre la vida del feto aparentemente separaran al aborto de las demás prácticas sexuales y de género no conforme en el ámbito de la promoción y defensa de los derechos. La penalización del aborto suele ser una historia de nacionalismo, imperialismo, patriarcado y anticlericalismo. Su despenalización es otro capítulo por venir en la historia de la modernización y el feminismo, pero no todas las mujeres enfrentan las mismas penas bajo esta penalización.

Los capítulos hacen hincapié en los desafíos para establecer conexiones al trabajar en prácticas relacionadas con el sexo, el género y la reproducción; de manera significativa, la (des)penalización del trabajo sexual, la despenalización de las expresiones de género o conducta homosexual, y la persecución penal de las agresiones sexuales tienden a generar un análisis enfocado y excluyente de algunas categorías. Son muy pocos los informes sobre mujeres refugiadas, por ejemplo, que señalan que esta población podría incluir a mujeres cisgénero, mujeres trans o mujeres heterosexuales cisgénero identificadas como homosexuales, o que podría incluir a mujeres de todo tipo que son forzadas a vender sexo, así como aquellas que toman la decisión de vender sexo de manera estratégica.<sup>29</sup> Además, si bien LGBTI puede ser un significativo político útil de la diferencia y la diversidad entre el género y la sexualidad en algunos ambientes, casi nunca es la forma de agrupamiento adecuada que permita comprender cómo funciona en realidad la ley para los conjuntos de per-

28 La política exterior de los Estados Unidos en materia de asistencia para el desarrollo en el extranjero subraya las formas en que el aborto se trata como excepción. La Ley Mordaza Global (también conocida como la política de la ciudad de México) prohíbe a cualquier organización (no estadounidense) que reciba asistencia sanitaria global de los Estados Unidos abogar, entre otras cosas, por la despenalización del aborto, incluso con fondos que no procedan de aquel país. Esta condicionalidad puede hacer que sea difícil, si no imposible, trabajar en cooperación en esfuerzos de despenalización; por ejemplo, una organización por los derechos LGBT de Kenia, apoyada por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, no pudo unir fuerzas con una organización por los derechos de las mujeres para mejorar el acceso a abortos sin poner en riesgo la financiación que recibía de los Estados Unidos.

29 Para uno de los pocos informes de este tipo, véase Comisión de Mujeres Refugiadas (2016), *Mean Streets: Identifying and Responding to Urban Refugees' Risks of Gender-Based Violence*, Nueva York, Comisión de Mujeres Refugiadas, febrero, <[www.refworld.org/docid/56d68f464.html](http://www.refworld.org/docid/56d68f464.html)>.

sonas afectadas. Las *L* (lesbianas) no son tratadas como los *T* (trans),<sup>30</sup> que no reciben el mismo trato que los *G* (gays) o los *B* (bisexuales) por parte de la policía o los tribunales, y los *I* (intersexuales) son aún más distintos en términos de necesidades y problemas. La diferente manera en que funcionan los estereotipos de género para las personas que se consideran mujeres y las que se consideran varones tiene importancia a la hora de entender qué es lo que está en juego en la despenalización de la conducta homosexual: las normas subyacentes para los “varones” y las “mujeres” reflejan las disyuntivas históricas para su tratamiento en el marco de las sanciones penales por conducta homosexual. Aclarar puntos de diferencia de género aun en campañas unificadas para coaliciones entre la sexualidad y la diversidad de género es un paso vital hacia una estrategia reflexiva de defensa y promoción de derechos en torno a los mecanismos estatales de poder y al control físico y carcelario.

A lo largo de este libro, las y los colaboradores revelan y cuestionan las lógicas particulares y distintivas del papel del derecho penal en el ordenamiento del privilegio de género y las prácticas sexuales y reproductivas con sus análisis de tiempo y espacio. Este ordenamiento, por supuesto, se cruza con otras jerarquías como la raza, la edad, la clase y la ciudadanía. La entrevista de Ahmed con Halley es clara al afirmar una predictibilidad esencial de este efecto cuando Halley toma elementos del cálculo de la teoría crítica del derecho sobre quién sufre el excedente de violencia penal (equivocada) del Estado.<sup>31</sup> Brown también llama la atención sobre los impactos racistas del derecho penal que toleran algunos activistas por los derechos. Las jerarquías y las conexiones excluyentes quedan evidenciadas en los capítulos de Corrêa y Karam, Long, Rasha Moumneh y Phillips en su relato de crisis sexuales y de pánico<sup>32</sup> que atraviesan la raza, la migración, la construcción de la nación y la urbanización. También se las

30 *Trans* es un término global que denota a alguien que no se identifica, o no necesariamente siempre encuadra, con la identidad de género que se le asignó al nacer. Véase <[www.urban-dictionary.com/define.php?term=trans\\*](http://www.urban-dictionary.com/define.php?term=trans*)>. [N. de T.]

31 Para más ejemplos, véase Halley, Janet y Rittich, Kerry (2010), “Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Con temporary Studies of Family Law Exceptionalism”, *American Journal of Comparative Law*, 58, n° 4: 753-775.

32 Véanse Rubin (2002), “Thinking Sex”, y Cohen, Stanley (2002), *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of Mods and Rockers*, Nueva York, Psychology [ed. cast.: *Demonios populares y pánicos morales. Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia*, Barcelona, Gedisa, 2017].

puede ver en el discurso populista de los nacionalismos contemporáneos en los capítulos de Sealing Cheng y Ae-Ryung Kim, y de Roseman.

En los climas actuales en el ámbito de la promoción y defensa de derechos y en la academia, vemos más claramente otro tipo de conexión entre la regulación penal del sexo, el género y la reproducción. Las demandas de la repenalización del aborto en los Estados Unidos y en otros lugares, y el hecho de que esta repenalización exista, pueden entenderse como ejemplos de resistencia al individualismo político neoliberal y a la globalización que son tan evidentes cuando aparecen los reclamos de igualdad de género y de los derechos de las personas homosexuales.<sup>33</sup> Las y los colaboradores de este libro nos piden que enfrentemos el hecho de que la doctrina moderna de los derechos humanos es parte del orden internacional liberal y neoliberal que estructura principalmente las relaciones entre los individuos y los estados, aunque también ofrece un lenguaje, valores y herramientas para impugnarla. La autodeterminación sexual y la igualdad de sexo son lo que motivaron, en parte, la liberalización de las leyes penales relativas a las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, la anticoncepción y el aborto; estas nociones suenan en los registros del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras cosas, como igualdad, no discriminación, autonomía y privacidad en la vida familiar. Por último, lo que todas estas historias tienen en común es el recurso a conversaciones sobre los derechos, con el apoyo del derecho penal o las normas de derechos humanos, como medio para establecer y regular el comportamiento normativo en tiempos de cambio.

#### ALGUNAS ADVERTENCIAS

Tanto el vasto alcance potencial como el más modesto marco real de nuestro libro tienen una explicación. En primer lugar, en deuda como estamos con las teorías que emergen de los grandes campos de la crí-

33 Foucault, Michel (2008), *The Birth of Biopolitics*, Nueva York, Palgrave Macmillan [ed. cast.: *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979)*, México, FCE, 2008]; Foucault, Michel (1978), *The History of Sexuality*, vol. 1, *An Introduction*, Nueva York, Vintage [ed. cast.: *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *La voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008]; Foucault, Michel (1988), *The History of Sexuality*, vol. 3, *The Care of the Self*, Nueva York, Vintage [ed. cast.: *Historia de la sexualidad*, vol. 3, *La inquietud de sí*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008].

tica, como los estudios críticos del derecho, poscoloniales y *queer*, no pretendemos redactar una teoría unificada de los derechos humanos, la sexualidad, el género y el derecho penal. En segundo lugar, aunque no la presentamos, nos basamos en una revisión de la bibliografía sobre la naturaleza cambiante del Estado, en especial la investigación sobre las fuerzas que operan para apoyar o socavar al Estado como aparato de control.<sup>34</sup> Tercero, reconocemos plenamente las dificultades de tratar la ley como una categoría unitaria o estable de estudio o articulación. Esperamos que este trabajo justifique que se lo llame “estudios del derecho” y muestre la extensión y diversidad de este esfuerzo. No abordamos aquí todas las variedades del derecho que se encuentran en el mundo, pero reconocemos la necesidad de hacerlo a medida que este trabajo evolucione. Distintas tradiciones jurídicas nacionales dan forma a la domesticación del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en la manera en que se expresan esos derechos; esas tradiciones reflejan a su vez la diversidad de los códigos penales. Lo que figura en este volumen es una búsqueda de puntos en común que atraviesan las diferencias, así como una búsqueda de maneras de asegurar que todas las formas de esto que llamamos “derecho penal” puedan, sin embargo, ser evaluadas respecto de lo que llamamos “derechos humanos”.

Observamos que, al centrarse en el derecho penal, la mayoría de nuestras autoras y autores aborda las declaraciones expresivas de este y sus funciones doctrinales y políticas, en lugar de estudiar el derecho penal empíricamente en su aplicación plena. Estos capítulos no son estudios basados en las ciencias sociales sobre el impacto de la ley en la salud ni explicaciones de los cambios demográficos correlacionados con la imposición del derecho penal.

En este libro, tratamos el universo de los derechos humanos como algo a lo que se puede recurrir y a la vez como algo que no puede llamarse una sola cosa. Los derechos humanos confieren al tiempo un presente eterno. Como profesionales críticos, entendemos que esto es una especie de pretexto (o disfraz). “Los derechos humanos” es un instrumento histórico por sí mismo; su universalidad es de hecho una afirmación política que, cuando se explora, es al mismo tiempo polivalente y multiposicional. Sus

34 Los criminólogos se centran en el entorno “de riesgo” y el estado de seguridad, al igual que los teóricos de la globalización y el poder global que trabajan en el modo de la sociología. Véase, por ejemplo, Sassen, Saskia (2000), “Territory and Territoriality in the Global Economy”, *International Sociology*, 15, n° 2: 372-393.



significados y efectos son contingentes. Sin embargo, de esto no se desprende que carezcan de contenido o propósito. Todos los conceptos de derecho penal, sexo, género y reproducción tienen historias que los enraízan en tiempo y espacio, y los limitan en alcance y escala, pero al mismo tiempo escapan a lo local. El derecho internacional de los derechos humanos, con sus afirmaciones perentorias de ser universal, interdependiente e indivisible, parece borrar la historia y el contexto:<sup>35</sup> en el imaginario de los derechos humanos modernos, si las mujeres tienen derecho al aborto, tienen que haber tenido pretensiones de uno en el pasado (aunque en forma tácita o no expresa) y tener pretensiones de uno en el futuro, sin importar si el país en el que vive una determinada mujer lo admite, o si no hay ningún movimiento por el derecho al aborto (histórico o contemporáneo). En nuestra situación actual, con los compromisos políticos que representamos, los derechos humanos son una ficción, pero una ficción concretamente funcional. Operan como un conjunto de normas contra las que se puede *questionar* el poder y la práctica del Estado, y proporcionan un conjunto de normas para *orientar* la práctica y el poder del Estado, incluido el que se ejerce a través de las leyes penales y la política criminal.

Por último, una nota sobre moralidad: dentro de un reclamo de los derechos humanos para reformar el derecho penal en relación con el género, la sexualidad y la reproducción, suele afirmarse que los derechos consisten en eliminar los vestigios de una moralidad obsoleta. Los derechos humanos, como producto de una teoría liberal, se basan en la igualdad de todos para todos, y emplearían la lógica del principio de daño para discernir la justificación del castigo penal, en lugar de una noción tradicional de “moralidad”, como la mencionada por los estados que reclaman ciertas formas de justificaciones religiosas o tradicionales. Como han señalado numerosos comentaristas de este proyecto, y las propias autoras y autores de los capítulos, *moralidad* es una palabra con mucho peso. La moralidad es más precisamente una pluralidad, moralidades, ni ahistórica ni descontextualizada. Pero reconocerla, y considerar las prohibiciones escriturales de las diversas creencias como un puñado de fuentes morales entre muchas, no es conceder que vale todo ni echar por la borda una base ética. Sin embargo, somos conscientes de los discursos que aceptan la “moralidad” como el terreno de solo algunas demandas (como cuando Alli Jernow escribe sobre la regulación “con base en el daño” frente

35 Valverde, Mariana (2009), *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton, NJ, Princeton University Press.

a aquella “con base en la moral”, o cuando Joanna N. Erdman cuestiona cómo los daños morales vuelven a entrar como si fueran daños físicos en la jurisprudencia canadiense). Siempre que sea posible, señalamos este momento lingüístico para asegurarnos de que no parecemos denotar una “regulación secular” de la sexualidad, el género y la reproducción carente de ética, como una forma de tolerancia del abuso sexual o como indiferente a una ética de cuidado entre personas. En su capítulo, Esteban Restrepo Saldarriaga plantea la promesa de que el constitucionalismo sea el punto de referencia de esa moralidad, al tiempo que reconoce sus carencias.<sup>36</sup>

Los capítulos de este libro ofrecen un relato contextual de cómo, a escala nacional e internacional, a través del tiempo y el espacio, el derecho penal se ha utilizado para producir modelos normativos de sexualidad, género y reproducción, y, a la inversa, cómo los derechos humanos han sido utilizados y pueden utilizarse para alterar esa norma. Al mismo tiempo, muchos de los capítulos muestran cómo los actores de los derechos humanos –que a menudo han participado en la promoción de la despenalización en otros sitios– han impulsado y logrado ampliar el alcance del derecho penal, a pesar de saber que su aplicación con frecuencia recae en personas y comunidades ya marginadas. Este libro llama la atención sobre cómo una poderosa fantasía del funcionamiento del derecho penal impulsa hoy en día algunos trabajos en materia de derechos humanos en los ámbitos de la sexualidad, el género y la reproducción, lo que en última instancia presagia un peligro y produce paradojas de establecer límites en torno a formas estrechas de virtud, aun cuando busca liberarse retóricamente de la regulación.

## CONCLUSIÓN

¿Acaso la doctrina de los derechos humanos tiene en su corpus principios que son a la vez puntos de partida y de llegada,<sup>37</sup> y podemos asegu-

36 Véanse Moyn, Samuel (2015), *Christian Human Rights*, Cambridge, MA, Harvard University Press; y Douzinas, Costas y Gearty, Conor (comps., 2014), *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

37 Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (2017), *The Use of Criminal Law from a Human Rights, Women's Rights and Gender Equality Perspective*, informe de la reunión, Ginebra, Suiza, 29-31 de marzo.

rar esta noción de penalización como “el último recurso” con una ética adicional de la práctica? Dado que no hemos encontrado nada intrínseco al derecho y a la teoría penal que limite su contenido, aplicación o alcance, ¿cómo pueden los derechos humanos servir como criterio de revisión para determinar el alcance y el uso del derecho penal? Nuestro deber con la interpretación de los derechos humanos como campo en evolución y controvertido sugiere la necesidad de un escepticismo de la certeza, incluso o especialmente cuando apelamos al derecho penal para que se encargue de los derechos. Pensamos que el escepticismo es un marco con el que los profesionales y académicos de los derechos humanos encontrarán repercusión histórica, porque implica una desconfianza general hacia el poder del Estado y un giro hacia las opciones menos restrictivas en los casos en que se invoque ese poder. Es posible que algunos reconozcan que esto es una variante del “*narrow tailoring*” [ajuste exacto]<sup>38</sup> y el “escrutinio estricto” de la acción del Estado, postura que está anclada en muchas tradiciones jurídicas, incluida la doctrina de los derechos humanos.<sup>39</sup> El proceso de justificar o criticar el uso del derecho penal también tiene una textura muy abierta. Este doble potencial de controversia en la justificación sugiere por qué el campo de los derechos humanos ha tenido, en la práctica, mucho más que decir sobre la aplicación del derecho penal que sobre sus justificaciones.

En este trabajo, pasamos de buscar normas doctrinales que surgen de los derechos humanos a vincular lo que llamamos “normas de articulación” para guiar a los defensores y promotores de derechos humanos cuando revolotean por las leyes penales y punitivas. Las normas de articulación que proponemos comienzan con la aceptación de la indeterminación de los derechos como práctica: sus objetivos pueden ser la certeza universal, pero su práctica debe ser más iterativa y reflexiva.

Comenzamos con la *empatía*, dado que entendemos que los derechos humanos tienen algo que decir sobre el dolor y deben atender al dolor deseado por la penalización. Aunque hemos visto que los derechos han dado un fuerte giro hacia el modo expresivo del derecho penal, de

38 *Narrow tailoring* es un principio de la Corte Suprema de los Estados Unidos que sugiere que la redacción de una norma debe usar los medios menos restrictivos para conseguir su propósito. Es una doctrina específicamente vinculada con las restricciones estatales a la libertad de expresión. [N. de T.]

39 Véase, por ejemplo, Principles, Siracusa (1984), “Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc. E/CN”: 4.

hecho, su aplicación tiene consecuencias concretas: el derecho penal condena infligiendo dolor real (por ejemplo, mediante la privación de la libertad como mínimo y de la vida como máximo). Como señaló apasionadamente una abogada (parafraseado aquí): “Nosotras, las feministas, enviamos a los hombres a prisiones que son agujeros del infierno; ¿acaso no tenemos cierta obligación de asegurarnos de que las prisiones sean justas si las evocamos?”. Como muestran muchos de nuestras autores y autores, la preocupación por el impacto de la ley en los menos poderosos, como ocurre en las jerarquías de raza (Corrêa y Karam), nacionalidad (Moumneh) o respetabilidad (Muguongo y Miller), debe entrar en las propuestas al principio de la reforma de la política relativa al sufrimiento, no al final. En otras palabras, en lo que respecta a las cuestiones de género, prácticas y comportamientos sexuales y reproductivos, casi siempre hay una aplicación y ejecución discriminatorias en las diferentes jerarquías de poder que afectan tanto a la víctima como al victimario.<sup>40</sup>

La empatía por el sufrimiento que pretende el derecho penal está estrechamente relacionada con la *solidaridad*, que consiste en ocuparse de la aplicación del derecho penal entre grupos situados de formas diferentes de manera más general. El capítulo de Moumneh sobre los desacuerdos y silencios entre los grupos por los derechos de las personas homosexuales y de las mujeres en algunos pánicos sexuales recientes en el Líbano muestra los peligros para los derechos cuando no existen solidaridades. Las reflexiones de Brown sobre la tendencia de la persecución penal en los Estados Unidos a recaer en los grupos que ya están más marginados racialmente también reflejan esto, al igual que la investigación histórica que hacen Corrêa y Karam sobre las revisiones de las leyes penales que regulan el trabajo sexual, el adulterio y la violación en Brasil. Todos estos capítulos reiteran que los silos, y no la solidaridad, dominan actualmente la práctica de la defensa de los derechos en materia de género, sexualidad y reproducción. Cheng y Kim detallan los fracasos de la solidaridad práctica entre las trabajadoras sexuales y los grupos de mujeres en Corea del Sur; su análisis deja en claro la tendencia de los grupos de derechos a abrazar la lógica de la respetabilidad sexual cuando se combina con la autonomía en formas que generan más tiempo de

40 Braman, Donald (2003), “Families and Incarceration”, en Marc Mauer y Meda Chesney-Lind (comps.), *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, Nueva York, New Press, pp. 117-135.

prisión para las mujeres que se encuentran del lado “malo” de la virtud. La práctica de la solidaridad puede tener objetivos osados.

Por último, juntas, las prácticas de empatía y las solidaridades autoconscientes exigen *una política de rendición de cuentas*, que aborda los efectos concretos del derecho penal. Por *materialidad* entendemos la necesidad de que las prácticas de derechos humanos se comprometan no solo con las características expresivas del derecho penal (como las campañas sobre la noción de que “los peores delitos merecen un tribunal internacional”), sino también con las privaciones materiales que conlleva: la imposición intencional del dolor, como mínimo, causado por la privación de la libertad. Las campañas de despenalización del aborto, del trabajo sexual y el VIH producen regularmente estudios empíricos sobre quiénes son vigilados o van a la cárcel en virtud de esas leyes, con las pruebas testificales del fracaso de los efectos deseados y la discriminación obtenida como parte de las medidas de reforma de las leyes.<sup>41</sup> Nuestros reclamos para usar el derecho penal para nuestros propios fines requieren un compromiso similar con el empirismo; la solidaridad y la empatía, al menos retóricamente, abren un camino hacia la responsabilidad con rendición de cuentas: la obligación de conocer las consecuencias distributivas y proporcionales de la penalización para todos y responder a ellas (Ahmed y Halley).

Es una tarea difícil: el cultivo de solidaridad, empatía y responsabilidad, fundado en la conciencia de la indeterminación y en el conocimiento de que, si nos contenemos de la venganza, es posible que algunos sufran injustamente por la falta de reparación. Por eso, basamos nuestras normas de articulación en una consideración prudente e incluso ambivalente tanto de la justicia penal como de los derechos humanos. Sin embargo, nuestra postura plantea una pregunta importante: si el derecho penal es el último recurso para responder a los abusos infames y las violaciones sistémicas, ¿cuál debería ser el primer recurso? ¿Cómo ajustamos los programas de prevención y remedio —como las políticas de distribución de asistencia para sacar a personas de situaciones de riesgo,

41 Véanse, por ejemplo, el trabajo de la Organización Mundial de la Salud sobre las causas subyacentes del aborto peligroso: Grimes, David A. y otros (2006), “Unsafe Abortion: The Preventable Pandemic”, *Lancet*, 368, n° 9550: 1908-1919; el informe de la reunión de expertos de ONUSIDA-OACNUDH (2017), “Understanding and building synergies for addressing the misuse of the criminal law and its impact on women, sex workers, people who use drugs, people living with HIV and LGBT persons”, inédito, en los archivos de las autoras, 8-10 de febrero, Bellagio, Italia.

el tratamiento de problemas de salud mental y el trabajo de restauración tanto para víctimas como para perpetradores— con nuestros reclamos para poner fin a la impunidad como una violación en sí misma? Este es un territorio desconocido: la entrada a la protección contra la violencia de género, por ejemplo, ha sido a través de la puerta del derecho penal. Pero queremos alentar a los promotores de derechos y académicos a que consideren la manera de poner las respuestas penales en relación con otras formas de acción del Estado que reconozcan plenamente los males cometidos pero que no se basen de modo único o exclusivo en sanciones penales en el proceso.

Escepticismo no es nihilismo, ni una negativa a involucrarse con el Estado. La empatía, la solidaridad y la responsabilidad podrían estructurar una especie de humildad y minimalismo en la fuerza penal del Estado, reconociendo al mismo tiempo un papel, para los poderes productivos del Estado, de administración y apoyo material (sin el cual no sería posible toda la gama del goce de los derechos humanos). El escepticismo se centra en la naturaleza del Estado como bien colectivo e intenta pensar en las prácticas de la democracia participativa significativa también como algo interno tanto de los derechos como del derecho penal. Es un abrazo a la ambivalencia, con cautela y esperanza en igual medida.<sup>42</sup> Observa las formas muy específicas en que las tensiones contemporáneas en relación con el género, la reproducción y la sexualidad se disipan y se exacerbaban al recurrir al discurso de los derechos y el derecho penal. La tarea es a la vez simple y difícil. Debemos estar alertas a que el reclamo por “poner fin a la impunidad” podría tener objetivos contrapuestos a los derechos humanos, y seguir dedicados a la práctica comprometida y creer en las posibilidades emancipadoras de los movimientos conjuntos relativos a la justicia sexual, de género y reproductiva. Esta modalidad exige un debate enérgico, combinado con un compromiso orientado a la acción. Ha llegado el momento.

42 Para la postura y el uso beneficiosos de la ambivalencia, véase Rosenblum, Peter (2002), “Teaching Human Rights: Ambivalent Activism, Multiple Discourses, and Lingering Dilemmas”, *Harvard Human Rights Journal*, 15: 301, <heonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj15&g\_sent=1&id=305>.