

CAPÍTULO OCTAVO

JUSTICIA COMO EMPODERAMIENTO

Bajo este título he querido reunir diversas propuestas feministas en torno a la justicia y los derechos humanos, y enfatizar su importancia en la teoría política y jurídica contemporáneas. Si algún movimiento o concepción ha reivindicado el tema de la igualdad y ha incorporado un enfoque crítico y disruptor en la filosofía actual ha sido sin duda el que acompaña y caracteriza las demandas de las mujeres. Después de pasar revista someramente a las “olas feministas”, me detendré con más detalle en las críticas a Rawls, desde el feminismo radical y, muy especialmente, en algunas propuestas de la antropóloga mexicana Marta Lamas, desde el feminismo de las diferencias.

I. OLAS FEMINISTAS

Es un lugar común en la literatura feminista referirse a ella a partir de olas diversas y sucesivas. Se habla de una primera ola “liberal”, a la que le sigue una “radical” y, finalmente, una que aboga por el reconocimiento de las “diferencias” y la representatividad política a nivel global. Las fronteras entre unas y otras no están claramente delimitadas, pero creo que es posible señalar algunas notas específicas.

Así, por ejemplo, es una constante entre las feministas liberales la demanda de inclusión de las mujeres en la ciudadanía, con la debida garantía de los derechos derivados de la misma. El feminismo vinculado a la noción de iguales libertades tiene su momento fundacional en la Ilustración: es un producto de la modernidad. Uno de los antecedentes más ilustres lo encontramos en Condorcet, quien critica la convicción muy arraigada en la época de que la naturaleza femenina es más proclive a los sentimientos y las pasiones y, por ello, las mujeres debían ser excluidas de la participación en el ámbito público. Para Condorcet, las exigencias de igualdad entre mujeres y hombres deben visibilizarse en el reconocimiento de los derechos humanos.¹

¹ Condorcet, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano* (1790), trad. de Francisco González Aramburo, México, FCE, 1997, pp. 356 y ss.

Las reivindicaciones ilustradas de la mujer generan la llamada primera ola feminista, que podríamos situar desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Harriet Taylor y John Stuart Mill denuncian la pretendida inferioridad de la mujer —que justifica los privilegios masculinos— como producto de los prejuicios y de la brutalidad, estableciendo una analogía entre la situación de las mujeres y la esclavitud.² De igual manera se denuncia la opresión económica y se reclama una sexualidad libre. El movimiento sufragista acompaña este periodo en el reconocimiento de los derechos políticos —participación en igualdad para el sufragio activo y pasivo—, en un camino sin duda largo y tortuoso,³ pero también se reivindican los derechos civiles —reclamo del derecho de propiedad contra los privilegios masculinos y el derecho a la privacidad en términos de posesión y control del propio cuerpo— y algunos derechos sociales —derecho a la educación y al trabajo, con la consiguiente denuncia de la opresión económica—.

La vertiente liberal del feminismo amplía hasta nuestros días las propuestas originales, para incluir no solo una protección y garantía robusta de las libertades, sino también de la igualdad, y ya no únicamente en términos de trato no arbitrario o no discriminatorio, sino también de corrección de las desigualdades históricas y estructurales. Este feminismo liberal de la igualdad incorpora también el reconocimiento de la pluralidad cultural y la valoración jurídica de las diferencias. Betty Friedan,⁴ Martha Nussbaum,⁵ Paola Bergallo⁶ y Ayaan Hirsi Ali⁷ dan testimonio de un liberalismo crítico, dialogante también con las propuestas radicales.

La segunda ola feminista, que podríamos situar desde los años cincuenta hasta principios de los noventa, es un periodo amplio y complejo. En 1949 Simone de Beauvoir publica *El segundo sexo*, un parteaguas en el movimiento

² Stuart Mill, John y Taylor, Harriet, *El sometimiento de la mujer* (1869), trad. de Carlos Mellizo Cuadrado, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

³ El reconocimiento de la ciudadanía a las mujeres y su derecho al voto comienza en el último tercio del siglo XIX y se desarrolla paulatinamente: Utah (1870), Colorado (1893), Nueva Zelanda (1893), Australia y los países nórdicos (1902), Gran Bretaña (1918), España (1931), Francia e Italia (1945), México (1953/1955).

⁴ Friedan, Betty, *La mística de la feminidad* (1963), trad. de Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ediciones Cátedra, 2016.

⁵ Véase Nussbaum, Martha, “Women’s Capabilities and Social Justice”, en *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, 2000.

⁶ Véase Bergallo, Paola y Gherardi, Natalia, “Trabajo”, en Motta, Cristina y Sánchez, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Colombia, Siglo del Hombre, 2008, t. 1, pp. 583 y ss.

⁷ Hirsi Ali, Ayaan, *Infidel*, trad. de Sergio Pawlowsky, México, Debate, 2007, y *Nómada*, trad. de Gemma Deza Guil, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011.

feminista.⁸ A la pregunta ¿qué significa ser mujer?, para Beauvoir, la respuesta no debe ser esencialista. Más bien, la “mujer” es una construcción cultural: “no se nace mujer, se llega a serlo”. Se construye como una alteridad subordinada al hombre. Si las mujeres de la burguesía y de la clase media eran los referentes de la primera ola feminista, ahora se reconoce la diversidad: trabajadoras, estudiantes, lesbianas, mujeres de color, etcétera. El reconocimiento de una “dominación patriarcal” permea en buena medida las propuestas de la segunda ola y se desarrolla a partir de lo que comienza a denominarse “feminismo radical”. Este, en buena medida, desmitifica la bandera liberal y hace visible sus límites y cierta perversidad en sus propuestas.

De manera general, contra el esencialismo mujerista se afirma que “no hay identidades monolíticas sino múltiples y fracturadas”. A la mujer madura, urbana, blanca, universitaria y atea se opone, como dice Marta Lamas, la mujer joven, campesina, indígena, analfabeta y evangélica. Asimismo, se distinguen las categorías de “sexo” y “género”, asumiendo este último un claro sentido cultural; y más específicamente como propone Catherine Mackinnon, contra el principio liberal de autonomía personal se propone el enfoque de la “dominación”. Se interpela a las propias mujeres y se destaca la relevancia pública de las cuestiones íntimas: “lo personal es político”. La cocina, la guardería y el dormitorio se democratizan en un ejercicio de igualdad para la crianza de los hijos, las relaciones familiares y la actividad laboral.

Contra la tendencia a vincular la justicia con principios abstractos y generales se propone una justicia vinculada con la búsqueda de lo concreto —conexión, cuidado, singularidad, receptividad de los sentimientos, equidad—; se critica la escisión liberal entre el mundo de lo público y de lo privado, proclive a ocultar la violencia que se practica al interior de las familias; denuncia la pretendida igualdad formal del derecho y su neutralidad como un factor que invita a convalidar las injusticias más que asumir una clara preferencia por la parte más desprotegida en sus derechos.

Por su parte, el feminismo de las diferencias, en las propuestas de Judith Butler⁹ o Marta Lamas,¹⁰ por ejemplo, cuestiona a su vez la dicotomía sexo y género como reflejo de una dicotomía más general entre naturaleza y cultura: el sexo también está sometido a interpretaciones culturales. Hay

⁸ Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo* (1949), trad. de Juan García Puente, México, Debolsillo, 2014.

⁹ Véase Butler, Judith, *El género en disputa*, trad. de María Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2014.

¹⁰ Véase Lamas, Marta, *Cuerpo, sexo y política*, México, Debate Feminista-Océano, 2014.

un despertar crítico de las “mujeres en los márgenes”, cuyos malos sujetos son las putas, lesbianas, marimachas, violadas, transexuales, actrices porno, feas, viejas, camioneras, frías, insatisfechas, histéricas, taradas.¹¹

La crítica del liberalismo radical a la pornografía, piensan las feministas de la tercera ola, resultó perversa para las mujeres, reforzando, sin pretenderlo, los discursos más conservadores. Se trata más bien de reivindicar un feminismo prosexo, entendido también como plataforma política de resistencia al control y la normalización de la sexualidad. Asimismo, no es desde el discurso monológico como se construye el espacio público para el reconocimiento de la diversidad, sino con la presencia de la “voz” de las otras, concretas. En otros términos, no es razonable esperar a través de la autorreflexión que un individuo aislado represente adecuadamente los puntos de vista de los demás, “parecidos” o “diferentes”, y mucho menos si tal representación se realiza en un contexto global. Se requiere de una deliberación pública plural, incluyente y laica, con un horizonte que rebase las fronteras territoriales.

II. CRÍTICA FEMINISTA AL LIBERALISMO

El liberalismo en general, y en particular el liberalismo igualitario en la versión de John Rawls, ha sido uno de los blancos centrales de la crítica feminista anglosajona.¹² Sintetizaré algunas de estas críticas, con una posible respuesta a las mismas y el reconocimiento que el propio Rawls asume para incorporar varias de sus demandas, dentro de su concepción liberal.

1. *Crítica al enfoque de la autonomía*

Contra el principio de autonomía personal, tan caro al pensamiento liberal, MacKinnon propone el enfoque de la “dominación”: existe una distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, a la vez que se objetiva la superioridad masculina y la subordinación femenina. Para la autora, esta subordinación no tiene nada que ver con la biología o con la diferente

¹¹ Véase Despentès, Virginie, “No creo en la feminidad”, en *El País*, Babelia, 13 de enero de 2007.

¹² Véase Mackinnon, Catherine, *Feminismo inmodificado*, trad. de Teresa Arijón, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014. Para la exposición de esta autora y otras críticas desde el feminismo seguiré de cerca a Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 85-97.

manera en que evolucionaron los sexos, sino con la política, es decir, con el punto de vista del poder masculino sobre la construcción de la vida social y su conocimiento.

No resulta claro cuál es el alcance de esta objeción de MacKinnon al liberalismo, toda vez que este se ha preocupado por defender la idea de la no dominación política, precisamente entendiendo la dominación como una de las severas limitantes al desarrollo de la autonomía personal. Esto es verdad, pero también es cierto que el liberalismo no ha reparado históricamente, de manera muy nítida, en la distinción entre autonomía —entendida como no interferencia— y autonomía como no sometimiento.¹³ Un liberal libertario, comprometido exclusivamente con la libertad negativa, no puede dar cuenta de un concepto robusto de autonomía entendida también como no dominación. Desmontar y desmitificar esta estructura de dominación del hombre sobre la mujer ha sido una de las aportaciones más relevantes del feminismo radical. Un liberal igualitario debe asumirla plenamente e insistir en la relevación de la libertad positiva a partir de un enfoque de no dominación.

2. *Crítica al punto de vista masculino*

Una buena parte de la crítica feminista al liberalismo se ha centrado en los problemas relacionados con la justicia y la tendencia liberal a vincular este valor con principios generales y abstractos. Aquí quiero referirme brevemente a las propuestas de Nancy Chodorow¹⁴ y Carol Gilligan¹⁵ en torno al “punto de vista masculino” del liberalismo.

Para Chodorow, hombres y mujeres abordan la justicia de forma completamente antagónica y se vinculan con concepciones generales de la vida muy diferentes entre uno y otro sexo. Las mujeres buscan “conexión” con los demás sujetos, mientras que los hombres tienden a valorar más la “separación” entre ellos. A partir de su investigación sobre los primeros años de desarrollo de los niños y la tendencia a que los mismos sean criados por sus madres, mientras sus padres aparecen como figuras distantes, Chodorow concluye que es en esos primeros años donde se afirmarían los vínculos de conexión y de separación, y la tendencia de las mujeres a vincular la justicia

¹³ Véase *supra*, cap. 6.

¹⁴ Chodorow, Nancy, *The Reproduction of Mothering*, Berkeley, University of California Press, 1978.

¹⁵ Gilligan, Carol, *In a Different Voice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982.

con la búsqueda de lo concreto y los varones con la de lo abstracto. Para Chodorow, la concepción dominante de la justicia desvinculada de lo concreto está sesgada en materia de género.

En la misma dirección de Chodorow, Gilligan critica la propuesta de Kohlberg a partir de una “ética del cuidado”. Para Kohlberg, el razonamiento moral de las mujeres es deficiente cuando se le compara con el de los varones. Para este autor existen varios niveles de desarrollo moral: el egoísmo infantil, la deliberación racional, la justificación imparcial y la utilización de principios. Kohlberg llegó a la conclusión de que las mujeres tienden a quedarse en la etapa intermedia de madurez moral, que identifica la moralidad con la amabilidad y donde los principios abstractos son insuficientemente utilizados. Para Gilligan, a diferencia de Kohlberg, la pregunta a responder no debería ser “¿cuál es el problema de las mujeres que no llegan a la madurez moral?”, sino más bien, “¿cuál es el problema con el criterio utilizado para determinar la madurez moral que hace que las mujeres no resulten moralmente maduras?”. Su estrategia fue escuchar a las mujeres, en lugar de adaptarlas al paradigma teórico existente de Kohlberg.¹⁶

Para Gilligan, el modelo de Kohlberg estaba basado en estudios que tomaban a los varones como punto de referencia y estándar de normalidad. Por ende, su concepción de madurez moral es sesgada. Debe prestarse más atención a la “voz” de las mujeres. Gilligan concluyó que los varones y las mujeres tienden a utilizar distintos tipos de estrategias de razonamiento y a acentuar temas diferentes cuando formulan y resuelven problemas morales: la perspectiva presente en las mujeres es “del cuidado” y la de los varones “de la justicia”. Las mujeres tienden a enfatizar los elementos particulares, la singularidad de las necesidades de otros y la receptividad de los sentimientos de los demás. En cambio, en los hombres, desde el punto de vista moral de la justicia, se manifiesta una tendencia a acentuar los ideales abstractos, los derechos y a acatar los principios imparciales.

La posición de Gilligan no pretende demostrar que el razonamiento basado en el cuidado sea superior al de la justicia o viceversa; ambos son válidos. La madurez moral consiste en poseer la capacidad de pensar de las dos maneras e integrar ambas perspectivas. Gilligan es consciente de que la noción de cuidado no es suficiente para realizar todo el trabajo moral: la exigencia de cuidado por sí misma no sustenta una teoría moral adecuada y completa.¹⁷ Entendida la propuesta de esta manera, pienso que no sería in-

¹⁶ Véase Luna, Florencia y Salles, Arleen, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, FCE, 2008, pp. 113 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 115.

compatible, por ejemplo, con la idea del “equilibrio reflexivo” de un liberal igualitario como Rawls. Recordemos que para Rawls, la justificación de las decisiones deben realizarse a partir de los llamados “juicios ponderados”, “razonables” o “considerados” que, por una parte, evitan el universalismo principalista, rígido y formal y, por la otra, evitan el particularismo relativista y el contextualismo. Esto que acabo de decir creo que se entenderá mejor con la siguiente tercera crítica.

3. *Crítica al punto de vista tradicional*

Con respecto a la mirada tradicional —no crítica— sobre la organización familiar liberal y su carácter uniforme y autointeresado, ha sido objeto de críticas desde el feminismo. Así, por ejemplo, Iris Young¹⁸ impugna los ideales liberales de imparcialidad y universalidad, sosteniendo que ellos dejan de lado las diferencias —especialmente de la mujer en el seno familiar—, la “otredad”, y crean una falsa dicotomía entre la razón y el sentimiento.

De igual manera, Susan Okin¹⁹ asume una posición crítica frente a la idea de que, en efecto, el liberal pone entre paréntesis la cuestión de la justicia dentro de la familia, y de que los agentes, en lugar de ser vistos como sujetos meramente autointeresados, deben ser vistos como sujetos dotados de “empatía”. Es esta, la empatía y no el autointerés, lo que permitiría a los agentes “ponerse en el lugar de los demás”, si es verdad que deben asumir el punto de vista de los más desaventajados, por ejemplo en los términos de John Rawls.

El propio Rawls, sensible a estas críticas del feminismo, ha reconocido que su *Teoría de la justicia* omitió un tratamiento sobre la justicia para hombres y mujeres: “Admito [dice Rawls] que la «teoría de la justicia» debió haber sido más explícita [en cuanto a las implicaciones de una justicia igual para hombres y mujeres], pero ello tuvo que ver con una falta atribuible a mí y no al liberalismo político por sí mismo”. En su escrito “The Idea of Public Reason Revisited”,²⁰ Rawls sostiene que la familia, como cualquier asociación, goza de un margen de libertad muy significativo, pero sujeto a ciertas “limitaciones esenciales”: las orientadas a garantizar “los derechos y libertades básicas, y la libertad y las oportunidades de todos sus miem-

¹⁸ Young, Iris, “Toward a Critical Theory of Justice”, en *Social Theory and Practice*, vol. 7, núm. 3, 1981.

¹⁹ Okin, Susan, “Reason and Feeling in Thinking about Justice”, en Sunstein, Cass (comp.), *Feminism and Political Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

²⁰ Rawls, John, “The Idea of Public Reason Revisited”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, 1997.

bros”. Los principios de justicia, de acuerdo con Rawls, no nos dirán nada acerca de cómo criar a nuestros hijos, pero sí, por ejemplo, acerca de la imposibilidad de abusar de ellos o descuidarlos. Tales principios, además, nos informarán acerca de la necesidad de poner fin a una situación histórica en la cual, por ejemplo, las mujeres, a diferencia de los hombres, han tenido que soportar “una carga desproporcionada en la tarea de criar, alimentar y cuidar de los niños”.

4. *Crítica a la distinción entre lo público y lo privado*

Carole Pateman,²¹ entre otras feministas, ha criticado la distinción entre lo público y lo privado, tan central para el pensamiento liberal. Para un liberal, tal distinción permite establecer los límites de la acción estatal: no puede considerarse que hay un ejercicio legítimo de la coerción cuando a través de la misma se procura afectar la vida privada de las personas, aun cuando tal ejercicio coercitivo se realice por un grupo mayoritario o por algún grupo que se considera legitimado para imponer un ideal de excelencia humana. Este blindaje de la esfera de la privacidad ha dado lugar a fallos judiciales que han declarado inconstitucionales, por ejemplo, los intentos de prohibir la posesión de droga para consumo personal o interferir en la decisión de las mujeres para abortar.

Pateman ha criticado una posible y muy común interpretación de esta idea de lo privado, que podría “abrir la puerta” a abusos sobre la mujer, tolerados por el Estado. Si le decimos al Estado que quite sus manos del área de lo privado y definimos las acciones privadas como “acciones llevadas a cabo en la intimidad —y no como deberíamos, es decir, como “acciones que no causan daños a terceros”—, entonces le estaríamos diciendo al Estado que no se involucre en lo que ocurre dentro de la esfera familiar. De esta manera, excluiríamos de las preocupaciones estatales acciones como la violencia intrafamiliar o la injusta distribución de cargas y beneficios en las relaciones familiares.²²

De nueva cuenta, esta crítica feminista ha replanteado la misma noción de lo privado en las filas liberales. Es el propio Rawls quien se ha encargado de argumentar que su posición no implica considerar la esfera de lo político y de lo no político como dos espacios separados:

²¹ Pateman, Carole, “Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”, en Phillips, Anne (comp.), *Feminism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1987.

²² Véase Lemaitre, Julieta, “Violencia”, en Motta, Cristina y Sánchez, Macarena, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, t. 1, pp. 225 y ss.

Aun cuando solo la estructura básica de la sociedad resulta el sujeto primario de la justicia, los principios de justicia todavía ponen restricciones esenciales sobre la familia y todas las demás asociaciones. Los miembros adultos de las familias y otras asociaciones son, en primer lugar, ciudadanos iguales: esta es su posición básica. Ninguna institución o asociación en la que se encuentran involucrados puede violar sus derechos como ciudadanos [...] De allí que la esfera de lo político y lo público, de lo no público y de lo privado, caen todas dentro del contenido y aplicación de la concepción de la justicia y sus principios. Si alguien piensa que la así llamada esfera de lo privado constituye un espacio exento de justicia, lo cierto es que no existe tal cosa.²³

5. *Crítica a la neutralidad*

Una de las críticas recurrentes del feminismo a la propuesta liberal es la relevancia que esta atribuye a la neutralidad formal en materia de género para, según ella, asegurar la igualdad de acceso y de oportunidades entre hombres y mujeres. Paola Bergallo ha puesto de manifiesto cómo tal pretendida neutralidad oculta o refuerza posiciones discriminatorias que solo contribuyen a la perpetuación del llamado “techo de cristal”, es decir, “restricciones invisibles que impiden el ascenso profesional y laboral de las mujeres en diversos ámbitos institucionales públicos y privados”.²⁴ Tal discriminación o segregación opera tanto de forma vertical o jerárquica como horizontal. Por la primera se quiere significar las diferencias proporcionales en la representación de hombres y mujeres en los diversos escalones de las instituciones públicas o privadas; mientras que por la segunda se significa las diferencias entre la presencia proporcional de hombres y mujeres a través de las mismas actividades o áreas de trabajo. A partir de un estudio empírico sobre la selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires, algunas de las conclusiones de Bergallo son decepcionantes:

[...] 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 des-

²³ Rawls, John, *op. cit.*, p. 791.

²⁴ Bergallo, Paola, “¿Un techo de cristal en el poder judicial?”, en Cabal, Luisa y Motta, Cristina (comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, pp. 145 y ss.

incentivar 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.

Las propuestas de Bergallo apuntan hacia la “necesidad de explorar y formular un programa formal de acción afirmativa”, y en concreto, por lo que hace al poder judicial “una Magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerequisite 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”. Las críticas a la idea de “neutralidad” liberal, como hemos señalado en otros capítulos, y la defensa de acciones afirmativas son del todo pertinentes desde el enfoque de un liberalismo igualitario.

III. IGUALDAD Y DIFERENCIAS

En “Dimensiones de la diferencia”,²⁵ Marta Lamas parte de una premisa básica: no existe una correspondencia unilateral entre el cuerpo, la identidad personal y el mandato cultural de género. Las expresiones de intersexualidad, homosexualidad y transexualidad ponen en crisis la bidimensionalidad rígida entre “hombres” y “mujeres”. “Las prescripciones normativas de *género* —lo que «les toca» a las mujeres o a los hombres— [afirma Marta Lamas con razón] funcionan como mandatos que intentan ajustar los cuerpos al modelo hegemónico”. Por ello, “al diferenciar entre la sexualidad y los contenidos simbólicos que les adjudican las personas queda en evidencia la gran variación entre las fronteras de lo normal y lo anormal, las prácticas buenas o malas, naturales o antinaturales, decentes o indecentes”. Debemos partir de un reconocimiento fáctico de las diferencias, y de alguna forma relativizar los valores construidos a partir de la dicotomía esencialista “hombre-mujer”.

Pero al mismo tiempo, todos los seres humanos somos iguales, y así lo reconoce la normatividad jurídica. El Estado debe permanecer neutral, en la mejor tradición libertaria, ante los diversos modos y planes de vida y evitar caer en posiciones injustificadamente paternalistas o perfeccionistas. La igualdad formal ante la ley y la pretendida independencia y objetividad de los jueces en la aplicación de la misma son las garantías mínimas para una

²⁵ Lamas, Marta, “Dimensiones de la diferencia”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara-SCJN, 2012.

adecuada convivencia social y democrática. A la relativización de los valores debe oponerse una aspiración a la universalidad en el reconocimiento de una igualdad compartida entre los seres humanos. Las situaciones que no se ajusten a las tendencias universales quedan en los márgenes y deben tratarse de manera excepcional y, si es posible, con benevolencia.

Y es precisamente en esta tensión entre el reconocimiento de las diferencias, por un lado, y el sustrato común de los seres humanos en igualdad, por otro, donde hace su aparición el dilema: si ignoramos las diferencias en el caso de los grupos subordinados o discriminados, en aras de una igualdad formal, se alcanza una “neutralidad defectuosa”; si destacamos las diferencias en aras de un reconocimiento de la pluralidad, incurrimos en una “estigmatización indeseable”. Es esta estigmatización, por ejemplo, la que ha llevado a algunas feministas a rechazar las acciones afirmativas o las políticas de cuotas. En síntesis, la visibilidad o invisibilidad en exceso terminan siendo, ambas, discriminatorias. Este es el callejón sin salida del dilema.

La única forma de no caer en la parálisis de los dilemas es comenzar a limar poco a poco los cuernos de los mismos, conscientes de que quizás sea imposible eliminarlos y de que pueden hacer su aparición en cualquier momento. ¿Qué propone Marta Lamas para suavizar el dilema? Siguiendo a Luigi Ferrajoli, nuestra autora propone un derecho a la diferencia que solo puede hacerse exigible bajo un trasfondo de igualdad. Pero, ¿de qué igualdad estamos hablando que no se limite exclusivamente a la igualdad jurídica? Es verdad que, desde un punto de vista formal, todos los seres humanos somos iguales, pero lo que importa destacar es que, desde un punto de vista sustantivo, todos los seres humanos debemos ser tratados “con igual consideración y respeto”. Esto es tanto como decir: sin crueldad, sin humillación, sin exclusión, sin dominación, sin discriminación, todas estas, expresiones que marcan una ruta por vía negativa hacia la noción de dignidad personal, es decir, qué es lo que *no debemos hacer* con los seres humanos.

Marta Lamas expresa tal vía negativa de manera clara y contundente: “es legítima la gran diversidad de prácticas sexuales que existen, siempre y cuando no resbalen a manifestaciones ilegales e indignas de consumir el deseo sexual, tales como la violación, el abuso sexual, los toqueteos, el hostigamiento y la seducción a menores”. Nos igualamos, por vía negativa, en aquello que no se debe hacer, pero también nos igualamos por vía positiva en aquello *que consentimos hacer*, es decir, cuando se ejerce “la facultad que tienen las personas adultas con ciertas capacidades mentales y físicas, de decidir su vida sexual”. Por ello: “La existencia de un desequilibrio notable de poder, de maduración, de capacidad física o mental imposibilita que se lleve a cabo un verdadero consentimiento”. Si esto es correcto, entonces

nada más ajeno a la idea de igualdad en términos de dignidad y autonomía que la idea libertaria de un Estado neutral, aséptico, indiferente a los grupos histórica y contemporáneamente discriminados.

Mercado, cuerpo, privacidad e intimidad

En un trabajo posterior, Marta Lamas reflexiona en torno a la noción de cuerpo, referido ahora al trabajo sexual y su mercantilización, y ahonda en dos nociones de difícil aprehensión, pero que requieren de una revisión minuciosa: las nociones de privacidad e intimidad.²⁶ Mercado y cuerpo es un binomio de difícil armonización, y sus implicaciones tendrán consecuencias para temas tan relevantes en bioética como los derechos sexuales y reproductivos, la maternidad subrogada, entre otros.

En mis comentarios al libro de Marta, *El fulgor de la noche*, he partido de la convicción de que es moralmente inaceptable permitir que todos los bienes puedan ser objeto de transacción comercial. Deben quedar fuera lo que algunos autores, como Ernesto Garzón Valdés, han incluido bajo el llamado “coto vedado”, o Luigi Ferrajoli, bajo “la esfera de lo indecible”. Para entendernos rápido, se trata de los derechos inalienables de las personas. Llevarlos al mercado constituiría, ciertamente, una suerte de degradación moral: el caso de alguien, como lo veía Mill, que se vende como esclavo al hacer la transacción comercial de su derecho a la libertad.

Creo, sin embargo, que tal no es el caso, por ejemplo, para la venta de órganos, la gestación subrogada o el trabajo sexual. Si quienes realizan estas transacciones son personas adultas, que actúan libremente, en pleno uso de sus facultades mentales y no incurrir en violaciones de derechos a terceros, a menos que se defienda un paternalismo injustificado o un perfeccionismo moral, no veo por qué se deban limitar, y mucho menos prohibir, estas conductas, o las de terceros que participan en la realización de las mismas.²⁷

²⁶ Lamas, Marta, *El fulgor de la noche*, especialmente el cap. VI, “¿Un trabajo como cualquier otro?”, México, Océano, 2017.

²⁷ Con respecto a la participación de terceros es de destacar la sentencia SCJN, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del Consejo de la Judicatura Federal, amparo directo 206/2016, de 23 de marzo de 2017, en el que el juez —valiéndose de la distinción propuesta por Marta entre “trata” y la “organización libre y voluntaria del trabajo sexual” que puede suponer, como fue el caso, la participación de terceros aceptados libremente por las trabajadoras para gestionar su trabajo a cambio de una compensación económica— resuelve que “no todos los casos en los que un tercero obtenga un beneficio de la prostitución ajena configura el delito de trata de personas”.

Si no existen condiciones de discriminación, explotación o dominación, la única diferencia que existiría entre la donación de un órgano, el ofrecimiento desinteresado del útero o el servicio sexual altruista es el componente mercantil que, por otra parte, podría ser un factor positivo para aumentar la disponibilidad de un bien escaso o de acceso limitado. Y a menos que se tenga una aversión moral a toda operación mercantil o se piense que el dinero es “sucio”, no veo razón alguna para prohibir, restringir o poner regulaciones excesivas a su comercio.²⁸ Esta es una de las tesis generales que se desprende de la lectura del libro de Marta y que quisiera desglosar con más detenimiento.

El mercado, como la democracia o las mismas leyes, se convierten en “instituciones suicidas” si no se suponen precondiciones normativas que las hagan posible: el mercado tiene una propensión natural a la concentración y monopolización; la democracia a una tiranía de la mayoría, y el sistema jurídico a un legalismo ajeno —e incluso contrapuesto— a las demandas sociales. No todo bien es negociable en el mercado, ni puede ser producto de un mayoritarismo, ni puede ser impuesto bajo un formalismo legal autoritario. Pienso que los derechos humanos deben ser el límite normativo para estas tres instituciones y ellos mismos no deben sujetarse a un balance costo-beneficio, o ser sometidos a la ley de oferta y demanda, o constreñidos a la letra de la ley. Los derechos deben entenderse como precondiciones que necesitan ser protegidas y garantizadas de forma independiente e imparcial con respecto a tales instituciones.

Las transacciones realizadas entre agentes racionales deben ser libres y consentidas. En esto estarían de acuerdo tanto los liberales libertarios como los liberales igualitarios. La diferencia es que un libertario, como Hayek o como Nozick, piensa que el último eslabón de la cadena causal de transacciones en el tiempo debe ser libre, pero no podemos ni debemos hacernos cargo o responsables de lo que antecede históricamente. Son mis preferencias ahistóricas las que deben jugar de manera espontánea en el mercado y el Estado debe mantenerse neutral; más aún, el Estado debe limitarse a poner las condiciones para que mis preferencias jueguen libremente, por ejemplo, determinando con claridad los derechos de propiedad y garantizando un contexto de seguridad. Cualquier injerencia del Estado más allá de esas condiciones mínimas es una intromisión ilegítima en mi autonomía personal. Para los libertarios, la libertad debe entenderse como no interferencia y no arbitrariedad legal en las transacciones comerciales;

²⁸ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, en *Filosofía, política y derecho*, España, Universitat de Valencia, 2001, pp. 176 y ss.

finalmente, argumentan, todos debemos ser tratados de manera igual ante la ley.

A diferencia de los libertarios, un liberal igualitario comprende que esas transacciones pueden llevarse a cabo en un contexto no únicamente de arbitrariedad y discriminación, sino sobre todo de desigualdad estructural: prejuicio, estigmatización, opresión o, en una palabra, dominación. La no arbitrariedad tiene que ver con una concepción de la igualdad en un sentido formal; la no dominación tiene que ver con una concepción de la igualdad en un sentido sustantivo y estructural. Este enfoque “considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno del sometimiento integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado”.²⁹ Por ello es posible hablar de *mercados nocivos*: “Como los mercados [afirma Marta Lamas] no solo abarcan cuestiones económicas sino también éticas y políticas, por eso se habla de *mercados nocivos* (Satz, 2010) que aparecen cuando hay una distribución previa e injusta de recursos, ingresos y oportunidades laborales”.³⁰ Y mostrando su acuerdo con Martha Nussbaum, comenta que a ella “no le preocupa que una mujer con muchas opciones laborales elija el trabajo sexual, sino que la ausencia de opciones haga que la prostitución sea la única alternativa posible, lo que es verdaderamente alarmante”.³¹ En este mismo sentido, en otro pasaje agrega:

Idealmente, en una sociedad justa, el papel del mercado debería estar acotado a una igualdad redistributiva, para que todas las personas tuvieran acceso a bienes básicos (salud, educación, vivienda, empleo). Y si a partir de tal supuesto hubiera mujeres que quisieran trabajar en el comercio sexual, no habría impedimento ético para que lo hicieran.³²

Por lo mismo, vale decir que en un escenario en el que no existieran desigualdades estructurales, o bien, se minimizaran a tal grado que no incidieran negativamente en las opciones de una persona, sería legítimo entonces hablar de *mercados no nocivos*, sino *beneficiosos*, y de esta manera justificar la transacción comercial de servicios sexuales, pero también de órganos y de úteros. La idea de mercado en sí misma no tiene una connotación peyorativa.

²⁹ Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, p. 30.

³⁰ Lamas, Marta, *El fulgor de la noche*, cit., p. 177.

³¹ *Ibidem*, p. 175. El texto citado y comentado de Martha Nussbaum es “«Wether from Reason or Prejudice»: Taking Money for Bodily Services”, en *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, vol. XXVII, enero de 1998, pp. 693-724.

³² *Ibidem*, p. 178.

tiva: hay mercados nocivos como los hay beneficiosos. Así, por ejemplo, tal como señala el documento preparado por GIRE con respecto a la gestación subrogada, esta debe entenderse como “un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos en dicho embarazo”. Lejos de prohibir, favoreciendo conductas clandestinas, de lo que se trata es de regular, lo que implica no solo cubrir los gastos propios de la gestación, sino también considerar algún tipo de remuneración económica para la gestante, porque, como argumenta GIRE con razón:

[...] la narrativa común, que sugiere que la gestación subrogada debe llevarse a cabo siempre con fines estrictamente “altruistas”, se basa en estereotipos de género que desconocen la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes, y resulta poco efectiva para enfrentar los abusos en que pueden incurrir las clínicas y agencias dedicadas a este ejercicio.³³

De regreso al tema del comercio sexual, en contextos de desigualdad estructural, sin duda es preferible regularlo, y de ninguna manera prohibirlo, exponiendo a las personas a una mayor vulnerabilidad. Pero —y este es un punto que quiero enfatizar— se busca regular para evitar un mal mayor, no porque lo ideal sea que, finalmente, algún día lleguemos a la abolición del comercio sexual. He escuchado a Marta Lamas decir en alguna conferencia y en alguna entrevista en años anteriores que: “Ninguna mujer va por el mundo promoviendo un plan de vida para abortar o para ser servidora sexual”. Creo que la analogía es inapropiada. Me parece que tiene sentido si se trata de la interrupción del embarazo —ninguna mujer organiza su plan de vida para embarazarse y luego interrumpir el embarazo— pero, si nos situamos en contextos de *mercados beneficiosos* y *no nocivos*, ¿por qué una persona no podría organizar su plan de vida como trabajadora sexual, o tener la opción de comercializar sus órganos, o de recibir una retribución económica por la gestación sustituta? Pienso, por el contrario, que si la regulación es entendida como un mal menor y la consideramos como una medida temporal de cara a un ideal abolicionista, la regulación termina siendo un abolicionismo encubierto. El ideal abolicionista, desde el punto de vista del derecho, incurriría, a mi juicio, en una suerte de perfeccionismo jurídico. Este rechazo del abolicionismo tomaría distancia de posiciones como la de José Woldenberg, quien comparte con los abolicionistas:

³³ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017.

[...] la pretensión de que la prostitución no debiera existir. En efecto, me gustaría que ninguna mujer tuviese que vender servicios sexuales. Es una actividad que no puede equipararse a otras. No comparto la idea muy en boga de que el mercado todo lo legitima. Y que si hay compra venta consentida no existe mayor problema.³⁴

Creo que para Woldenberg, aun en el supuesto de mercados beneficiosos, como él dice, “la prostitución no debiera existir”. Esta afirmación, contra el temple liberal y demócrata de Woldenberg, es una concesión al perfeccionismo moral. Pienso que no solo no debemos preocuparnos, como decía Nussbaum, por que una mujer con muchas opciones laborales elija el trabajo sexual, sino por que el mismo comercio sexual y también el contrato de gestación sustituta podrían ser un “medio de emancipación personal y movilidad social importante para muchas mujeres”.³⁵ Esta es una diferencia clara entre una posición liberal perfeccionista y una liberal igualitaria.

Ahora bien, se podría pensar que aun tratándose de mercados beneficiosos, el cuerpo de la mujer se instrumentaliza violando el principio de dignidad, de intimidad, de autonomía y de privacidad personal. Son demasiadas violaciones. Me gustaría hacer algunas precisiones sobre las nociones de cuerpo e intimidad, y distinguir esta última de la noción de privacidad. Pienso que estas distinciones pueden ayudar a esclarecer un poco qué es lo que en verdad se está violando, si es que se viola algo. Estas distinciones me conducirán inevitablemente a reflexionar sobre la noción de dignidad, que dejaré para el final.

Una primera precisión importante, acorde también con una toma de posición científica y laica, es el rechazo a versiones dualistas de la persona humana, platónicas, judeo-cristianas o cartesianas. Creo que podríamos aceptar con Strawson que la persona puede ser definida como un “particular básico al que se le pueden atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia”. Estamos hablando, entonces, de mentes somatizadas o cuerpos mentalizados. El cuerpo no es un instrumento del alma o una “máquina manipulable por un fantasma”. Desde otros enfoques teóricos, se llega a la misma conclusión en autores como Foucault o Bourdieu.³⁶ A este respecto, en uno de los capítulos del libro *¿Qué es la historia cultural?* del

³⁴ Woldenberg, José, “Pensar, despenalizar y regular el comercio sexual”, en la presentación del libro de Marta Lamas, *El fulgor de la noche*, Librería Rosario Castellanos del FCE, 7 de marzo de 2017, inédito.

³⁵ Lamas, Marta, *El fulgor de la noche*, cit., p. 179.

³⁶ Véase Burke, Peter, *¿Qué es la historia cultural?*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Buenos Aires-México, Paidós, 2016, p. 95.

historiador Peter Burke, dedicado precisamente a la historia del cuerpo, este autor afirma, creo que con razón:

En las obras de Michel Foucault y Pierre Bourdieu quedaron plasmados los fundamentos filosóficos del estudio del cuerpo. Al igual que el filósofo francés Maurice Merleau-Ponty, Foucault y Bourdieu rompieron con la tradición filosófica que se remonta a Descartes, que separaba el cuerpo de la mente, la idea del “fantasma en la máquina”, como lo describiera en tono burlón el filósofo inglés Gilbert Ryle. El concepto de “habitus” de Bourdieu apuntaba expresamente a cerrar la brecha o a evitar la simple oposición entre mente y cuerpo.

No insisto más en esta primera premisa que, hoy por hoy, debería ser el punto de partida incuestionable para cualquier reflexión en el campo de la bioética.

Una segunda premisa, que pienso comparte cualquier liberal, es que la persona es dueña o propietaria absoluta de su cuerpo-mente. Un libertario como Nozick, inspirado por Locke, construye su teoría de la justicia precisamente bajo el principio del *selfownership*, de autopropiedad. Antonio Escotado, con fuertes resonancias de Mill, afirma que “de la piel para adentro comienza mi exclusiva jurisdicción”. Más coloquialmente, Mark Platts lo sintetiza con una frase contundente: “déjenme en paz”.

Desde el punto de vista del derecho, hay juristas que piensan que es imposible hablar de un derecho a la autopropiedad, porque la persona no puede desdoblarse en sujeto y objeto de una relación jurídica. No sería aplicable la distinción tan querida para los civilistas entre derechos reales y derechos personales. Kelsen, lo sabemos, resolvió este problema diciendo que los derechos reales son también derechos con respecto a las personas. Así, como bien afirma Manuel Atienza, el derecho de propiedad significa que tal derecho se traduciría en la obligación que tienen todos los otros individuos de no interferir y más bien de consentir los actos de disposición realizados por el propietario, en nuestro caso con relación al cuerpo-mente.³⁷

Bajo tales supuestos, el derecho a una libertad sexual supone la disposición autónoma de mi cuerpo-mente sin asomo de visiones paternas o perfeccionistas que pondrían límites a mi *selfownership*. Esto significa que las relaciones sexuales deben entenderse y justificarse en un sentido amplio: no exclusivamente aquellas que se orientan a la procreación o a la intimidad amorosa, sino también a las relaciones sexuales recreativas o lúdicas y a las

³⁷ Véase Atienza, Manuel, “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”, en Casado, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México-España, Fontamara-Univesitat de Barcelona, 2017, p. 37.

comerciales. Lo exigible frente a terceros es su no interferencia y consentimiento a los actos de disposición autónoma realizados por la persona, por supuesto, mientras no haya violaciones de derechos a terceros y siempre dentro de un contexto de no dominación, como ya dijimos.

Ahora bien, el “déjenme en paz” de Platts creo que tiene que ver con la idea de algo que me pertenece privadamente y de lo cual puedo disponer autónomamente, pero también tiene que ver con la idea de algo que queda reservado a mi intimidad. Esta diferencia resulta clara cuando, de nueva cuenta, refiriéndose al trabajo sexual, Marta Lamas afirma que:

Un punto de coincidencia entre las trabajadoras sexuales de distintos países es que consideran el intercambio mercantil [autónomo y privado] como un acto *no íntimo*, sino que lo viven como un trabajo en el cual actúan sentimientos de deseo y cariño, que varios autores califican de *intimidad fingida*.³⁸

No me parece apropiado este calificativo de “fingida”, porque puede denotar un sentido de manipulación, con un carácter peyorativo, que no expresa adecuadamente lo que puede significar el trato sexual en una relación comercial, que supone también un juego de dos o más personas, consentido. Quizás podríamos usar la distinción entre *intimidad profunda* e *intimidad superficial*; o más filosóficamente, *intimidad honesta* e *intimidad estratégica* o *prudencial*. Como sea, esa “reserva de intimidad” o “preservación” de la intimidad: “es un límite que las trabajadoras sexuales trazan de diferentes formas”. La actuación misma, en el juego sexual, se convierte en una defensa de la *verdadera intimidad*.

Más que calificativos de “verdadera”, “profunda”, “honesta” creo que habría que hacer una distinción entre intimidad y privacidad. La relación sexual, que es interpersonal, se realiza en un marco de privacidad, y los contornos de esa privacidad se determinarán en la misma relación interpersonal. Esos contornos dependerán de muchos factores —psicológicos, económicos, sociales—, por lo que la privacidad y su límite en lo público están condicionados por los contextos culturales. Lo que en algunas culturas se opaca, en otras se transparenta. Las relaciones corporales, las representaciones del cuerpo, pueden moldearse y construirse de diferentes modos,³⁹ y ciertamente la trabajadora sexual puede determinar estratégicamente, de acuerdo con el entorno cultural, qué muestra y qué no, hasta

³⁸ Marta Lamas, *El fulgor de la noche*, cit., p. 165.

³⁹ Véase, Porter, Roy, “Historia del cuerpo revisada”, en Burke, Peter (ed.), *Formas de hacer historia*, trad. de José Luis Gil Aristu y Francisco Martín Arribas, 2ª ed., Alianza Editorial, 2009, pp. 271-299.

dónde y bajo qué circunstancias. Es una actuación estratégica consentida en un marco de privacidad, en la que a los terceros, comenzando por el Estado, se les pone un límite. Pero una cosa es la privacidad y otra cosa es la intimidad.

Lo íntimo no es interpersonal, no supone una relación intersubjetiva. Lo íntimo, como dice Ernesto Garzón Valdés:

[...] es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será [...] de las acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta: acciones concentradas o de tipo fisiológico en las que la presencia de terceros no solo es innecesaria sino desagradable.⁴⁰

Son las acciones que se ocultan bajo el velo de la discreción y que resultan totalmente opacas a ojos de terceros. Es una zona a la que el individuo tiene un “acceso epistémico privilegiado” y que escapa a toda valoración moral, “si es que la moral se entiende como el conjunto de normas que gobiernan las relaciones interpersonales”, y se rechaza alguna relación trascendente con un ser que todo lo sabe y todo lo ve. La intimidad es lo más personal; es precisamente la fuente de mi autonomía. Si se acepta esta distinción entre intimidad y privacidad, entonces creo que tiene sentido decir que esa zona de autenticidad escapa a toda comercialización y, con respecto a la cual, la trabajadora sexual la reserva como algo propio, en la que su dominio es absoluto. En términos de derechos diría que así como tiene sentido hablar de un derecho a la privacidad, creo que no lo tiene con respecto a la intimidad. Más bien, esta última sería la condición de posibilidad de todos los derechos. O si se quiere, retomando una frase de H. Arendt, se constituiría como “el derecho a tener derechos”.

IV. *EXCURSUS*. DERECHOS DE LAS MUJERES Y ABORTO

Uno de los problemas éticos y jurídicos más relevante, que ha puesto a prueba el alcance de los derechos de las mujeres y su empoderamiento en términos de una robusta teoría de la justicia, ha sido sin duda el del aborto. En este *excursus* intentaré hacer explícita su problemática —con especial re-

⁴⁰ Garzón Valdés, Ernesto, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, en *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 192 y ss.

ferencia a la situación reciente en México— y la respuesta que puede ofrecerse desde un enfoque liberal igualitario.

El 28 de agosto de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una serie de reformas en materia de interrupción voluntaria del embarazo que posteriormente fueron validadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un fallo memorable. El debate en el Pleno se desarrolló con gran riqueza argumentativa y, desde mi punto de vista, a la altura de las expectativas generadas por la opinión pública. La votación final alcanzó una robusta mayoría de 8 a 3, que para muchos resultó más de lo esperado. Para el engrose, sin embargo, se optó por una argumentación formal y excesivamente literal. Este tipo de argumentación ciertamente no hacía justicia al debate. Digamos que para efectos inmediatos, la argumentación en el engrose fue acertada en aras de alcanzar un consenso entre los ministros, pero dejaba flancos débiles, que abrieron un escenario de corte conservador a nivel de muchos estados de la República y, en algunos casos, con notorios tintes fundamentalistas. Entre octubre de 2008 y diciembre de 2010, las constituciones de 18 estados fueron modificadas para imponer que la vida debía quedar protegida desde la fecundación, y en algunas, hasta su terminación natural. Para mediados de 2014, otros nueve estados habían presentado iniciativas en el mismo sentido.

En estos últimos años, mi impresión es que se ha perdido el ímpetu inicial y hemos entrado en un letargo que no augura buenos tiempos para un enfoque de los derechos de la mujer de corte liberal, igualitario, democrático y laico. A estas alturas estoy convencido —y más aún después de las ejemplares resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México* y *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, así como de las mismas reformas a la Constitución de México en materia de derechos humanos y la correspondiente respecto al carácter laico de la república mexicana— de que el poder judicial debe cerrar filas con una sola convicción: reconocer y proteger los derechos de las mujeres, el único personaje en este drama que es titular de derechos.

De no hacerlo, la alternativa es condenar a la mujer, una vez más y ahora en una situación casi irreversible —dadas las dimensiones que está tomando este problema a nivel nacional—, a un estado de subordinación y de dominación convirtiéndola en ciudadana de segunda, severamente discriminada. A este respecto, Francisca Pou afirma sin ambigüedades que: “Hablar de desigualdad de género y de hegemonía o dominación patriarcal en México me parece algo parecido a referir lo que los juristas llaman un «hecho notorio»”. El índice de diferenciales por género que anualmente da

a conocer el Foro Económico Mundial situaba en 2017 a México en el lugar 81 de un total de 144. Todos los países de América Latina, a excepción de Chile, El Salvador y Guatemala, están por encima de México. La mayoría de los países situados por debajo se encuentran en las grandes áreas de influencia de la religión musulmana. Para Pou, al mismo tiempo que se perciben en México algunos signos de buena voluntad reflejados en la aprobación o modificación de la normatividad vigente, se mantienen una serie de “factores y dinámicas que garantizan ampliamente su ineffectividad y dejan el *statu quo* fundamentalmente intocado”.⁴¹

Reitero, las reformas propuestas a nivel de las constituciones estatales y las futuras reformas a los códigos penales correspondientes, lejos de significar una ampliación de los derechos, supone una restricción injustificada porque atenta contra el derecho a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, a un trato digno y a la igualdad diferenciada de las mujeres. En lo que sigue argumentaré filosóficamente en favor de una defensa incondicional del derecho a la autonomía de las mujeres, y esto a partir de un mínimo necesario de racionalidad científica.

1. *Derecho a la privacidad*

Este derecho se expresa en la libre decisión de las mujeres sobre su propio cuerpo. Permítanme citar —a riesgo de ser reiterativo— el conocido ejemplo de Judith Thomson:

Imagine lo siguiente: Usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama espalda contra espalda con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se descubrió que tiene una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos disponibles y ha descubierto que solo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente usted ha sido secuestrado, y la noche anterior han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, de modo que los riñones de usted puedan ser usados para purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: “Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado

⁴¹ Véase Pou Jiménez, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN-Fontamara, 2010, n-12.

a usted. Desconectarlo a usted sería matarlo a él. Pero no se preocupe, solo es por nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro”. ¿Está usted moralmente obligado a acceder a esta situación? No hay duda de que sería muy amable de su parte si lo hiciera, demostraría una gran generosidad. Pero ¿tiene usted que acceder? [...] ¿Qué sucedería si el director del hospital dijera: “Mala suerte, de acuerdo, pero ahora tiene usted que quedarse en cama, conectado al violinista, por el resto de su vida. Porque recuerde esto: toda persona tiene derecho a la vida; y los violinistas son personas. Por supuesto, usted tiene derecho a decidir lo que suceda a su cuerpo y en su cuerpo, pero el derecho de una persona a la vida prevalece sobre el derecho de usted a decidir sobre su cuerpo. Así que nunca podrá ser desconectado de él”? Creo que usted consideraría que eso es monstruoso, lo cual es indicio de que hay algo realmente equivocado en el argumento que acabo de mencionar y que suena tan verosímil.⁴²

¿Quién con un mínimo de sensatez no aceptaría que existe una asimetría entre el feto y la mujer? El paradigmático caso *Roe vs. Wade* se construyó a partir del reconocimiento del derecho a la privacidad. La restricción legal del aborto representa una intromisión del poder del Estado en la vida privada de las mujeres y sigue siendo, a mi juicio, el argumento más poderoso para limitar su intervención a través de la penalización.

Lo que creo que hay que entender es que una cosa es el debate en el terreno de la moral y otra muy distinta el que se opera en el ámbito del derecho. En términos de Luis Villoro:

[...] ante un asunto controvertido, objeto de juicios morales divergentes, ¿tiene el Estado derecho, obligación, incluso, de imponer leyes y sanciones que correspondan a una concepción determinada? [...] Lo que está en litigio no es si el aborto es bueno o malo moralmente, sino si debe o no ser penalizado por el poder estatal.⁴³

Hoy día, el debate sobre el aborto parece tener sentido si hacemos un esfuerzo para distinguir claramente los dos ámbitos: el moral y el jurídico. Esta distinción es la única que puede asegurar una convivencia plural en el seno de una sociedad que se precie de ser democrática. Y a la pregunta formulada por Villoro, la respuesta no puede ser otra más que la de un ro-

⁴² Thomson, Judith J., “Una defensa del aborto”, en Valdés, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001, pp. 188-190.

⁴³ Villoro, Luis “¿Debe penalizarse el aborto?”, en Valdés, Margarita, *Controversias sobre el aborto*, cit., p. 243.

tundo no. El Estado no debe, ante asuntos controvertidos, imponer alguna concepción determinada por la vía de la penalización.

[...] penalizar el aborto implica conceder al Estado el privilegio exclusivo de decidir sobre un asunto moral y atentar contra los derechos de las mujeres para imponerles su criterio. Despenalizar el aborto no implica justificarlo moralmente, menos aún fomentarlo. Implica solo respetar la autonomía de cada individuo para decidir sobre su vida, respetar tanto a quien juzga que el aborto es un crimen como a quien juzga lo contrario.⁴⁴

Pero además, desde un punto de vista consecuencialista, como argumenta Alfonso Ruiz Miguel, la punición del derecho es una medida inútil, entre otras razones, por la ineficacia de la pena. En este punto las cifras hablan por sí solas. No solamente no ha impedido o contribuido a disminuir la práctica del aborto, sino que su prohibición ha provocado la producción de abortos en condiciones sanitarias inadecuadas con las consiguientes muertes y graves enfermedades en las mujeres. Quizás no esté de más recordar una verdad de Perogrullo para todo jurista:

[...] solo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o un bien, o visto a *contrario sensu*, se excluye la justificación de la pena cuando esta resulta inútil o innecesaria como medio de garantía o de prevención en relación con ciertos derechos o bienes.⁴⁵

Por lo dicho, comparto el llamado que hiciera Marta Lamas a realizar lo que podríamos denominar “un giro jurídico o legal” sacando el aborto de los códigos penales y reglamentarlo en las normas sanitarias. El debate sobre su moralidad e inmoralidad debe reservarse a las conciencias individuales y discutirse con la seriedad que merece en las aulas universitarias y en los foros públicos en general, pero ante las graves injusticias de que son objeto las mujeres, mucho ganaríamos comenzando por distinguir el ámbito de la moralidad del ámbito del derecho, y adoptar y ejercer una actitud de denuncia pública y activa. A este respecto, cito nuevamente a Marta Lamas: “solo una sociedad verdaderamente indignada y movilizadada ante una

⁴⁴ *Ibidem*, p. 248.

⁴⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, “El aborto, entre la ética y el derecho”, texto presentado en el Simposio *Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate*, México, INACIPE-GIRE, 29 de septiembre de 2003.

ley anticuada, cruel y discriminatoria hará posible que se amplíe el marco despenalizador”.⁴⁶

2. *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*

El derecho a la privacidad se externaliza de manera general en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o bien, en el derecho a planear y decidir el propio plan de vida y realizarlo; y de forma muy concreta en el derecho a la libertad sexual y reproductiva. La CIDH lo ha puesto de manifiesto en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*:

El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.⁴⁷

Se trata de entender la autonomía personal en términos de autorrealización, de capacidad en el sentido de Amartya Sen o, si se prefiere, de libertad positiva. Y aquí la diferencia con el feto es insuperable. No hay ninguna evidencia científica que permita concluir que el feto posee alguna capacidad autonómica; por lo mismo, no es titular de derechos fundamentales. ¿Significa esto que quedan desprotegidos de la tutela constitucional? No. El embrión y el feto, como bien nos recordaba Jorge Carpizo, son bienes tutelados jurídicamente, pero no son titulares de derechos fundamentales. De muchos recursos naturales o del mismo patrimonio cultural de la nación decimos que son bienes tutelados por la Constitución, pero de ninguno de estos bienes decimos que son titulares de derechos fundamentales. Lo mismo sucede con el embrión y el feto. Así lo entendió, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en un fallo del 10 de mayo de 2006. En este fallo se destacó

⁴⁶ Lamas, Marta, “A favor de la RU486”, en “Enfoque” del periódico *Reforma*, México, núm. 501, 28 de septiembre de 2003.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 143.

la no equivalencia entre el *nasciturus* y la vida humana de la mujer con todos los derechos de esta última: a su cuerpo, a su sexualidad y reproducción, a su intimidad, etcétera.

Pero quiero dar un paso más en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres. No se trata de una autonomía condicionada, es decir, el deber de respetar la autonomía de la mujer, porque si así no fuera se daría lugar a los abortos clandestinos en condiciones de insalubridad, lo que provocaría las muertes inevitables que todos conocemos. Por supuesto que ya se gana mucho argumentando con este enfoque consecuencialista, como ya he señalado, pero la defensa de la autonomía de las mujeres deber ser incondicional, simple y sencillamente porque de acuerdo con su plan de vida y la presunción de una decisión racional y deliberada, abortar es lo que mejor le conviene. Este es el argumento de fondo para defender el aborto voluntario, sin restricciones, sin necesidad de probar absolutamente nada. ¿O es que piensan los legisladores antiabortistas —una buena parte de ellos de corte confesional— que la decisión de abortar para una mujer es una decisión sencilla, sin consecuencias?

3. *Derecho a un trato digno*

¿Qué decir sobre el derecho a la dignidad de las mujeres *vs.* el derecho a la dignidad del embrión o del feto? ¿Es que se puede hablar de una dignidad del embrión o del feto? Siguiendo a un filósofo inglés, Peter Strawson, propongo una definición de persona bastante general y convencional. Persona es un ser “al que podemos atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia”. A partir de esta definición y de acuerdo con el “estado del arte” de la ciencia, no tiene ningún sentido penalizar el aborto en las primeras 12 semanas. En palabras de los científicos Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Tamayo:

El embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque: *a)* carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero, al estar privado del aporte nutricional y hormonal de la mujer; *b)* aunque posee el genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona obligaría a aceptar también como persona a cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tienen el genoma completo, incluyendo a los tumores cancerosos. La extirpación de un órgano equivaldría entonces a matar miles de millones de personas; *c)* a las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales, ya que solo se han formado los primordios de los grupos

neuronales que constituirán el diencéfalo (una parte más primitiva del interior del cerebro) y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones hacia esta región, que constituye el área más evolucionada en los primates humanos. Estas conexiones, indispensables para que pueda existir la sensación de dolor, se establecen hasta las semanas 22-24 después de la fertilización; *d*) por lo anterior, el embrión de 12 semanas no es capaz de tener sensaciones cutáneas ni de experimentar dolor, y mucho menos de sufrir o de gozar.⁴⁸

Se ha argumentado desde el punto de vista metafísico que el cigoto es potencialmente una persona y, dado este carácter potencial, debe ser protegido como cualquier otra persona. Vale la pena recordar lo que entiende el padre de la noción de “potencia”, Aristóteles, cuando define la potencia en los siguientes términos:

Toda potencia es a la vez una potencia para lo opuesto; pues todo lo que tiene la potencia de ser puede no ser actualizado. Aquello, entonces, que es capaz de ser puede ser o no ser. [...] Y aquello que es capaz de no ser es posible que no sea.⁴⁹

Un óvulo fecundado puede tanto convertirse en una persona real como no convertirse en nada ulterior, como es claro en la cantidad de óvulos fecundados que no terminan en el proceso de anidación o son desechados en abortos naturales. ¿Cuándo es que comenzó a entenderse la noción de potencia como ordenada exclusivamente al ser? No es el momento de contestar a este interrogante, pero estoy convencido de que la introducción de la noción de “creación” y el abandono de la teoría hilemórfica en la reflexión filosófica de corte cristiano —teoría que sirvió desde el Concilio de Viena de 1312 hasta varios siglos después para no admitir que un alma humana real pudiera existir en un cuerpo humano virtual— ha sido extremadamente perjudicial para una adecuada comprensión del proceso evolutivo.

A principios del siglo XVII [dice el teólogo jesuita Joseph Doncell], y como resultado de una combinación de sus primitivos microscopios y su fantástica imaginación, algunos médicos vieron en embriones que tenían solo unos cuantos días un pequeño ser humano, un homúnculo, con cabeza, piernas y

⁴⁸ Recojo estas razones de Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Tamayo, entre otros científicos, miembros del Colegio de Bioética, A.C. Véase *Nexus*, México, núm. 343, julio de 2006.

⁴⁹ Aristóteles, *Metafísica*, trad. de María Luisa Alía Alberca, Madrid, Alianza Editorial, 2008, 9.8. 1050b.

brazos microscópicos. Esta manera de ver al feto daba por supuesto la teoría de la preformación.⁵⁰

No vale la pena dedicar una sola línea a esta aberración científica. Pero de igual manera, flaco favor hizo la teoría del dualismo cartesiano. Ahora resulta que un espíritu hecho y derecho puede manejar muy bien una máquina microscópica. Ahí, en ese espíritu, ya está la persona, la misma que se salvará o condenará, pero resulta que en este mundo está metida en un cuerpo desde el momento de la fecundación. Esta es la teoría creacionista de la animación inmediata que sustenta el dualismo cartesiano y que se ha introducido hasta el tuétano en nuestro imaginario social.

Por otra parte, si se pensara que en la fase preimplantatoria el embrión es una persona humana, esto implicaría, entre otras cosas:

1. Que no obstante la elevada frecuencia de pérdida natural de óvulos fertilizados que nunca llegan a implantarse, se considere a estos como personas y, por tanto, como personas sujetos de derechos, con lo cual esta acción podría calificar jurídicamente como delito.
2. Que se vuelvan ilegales aquellos métodos anticonceptivos que actúan modificando el ambiente del endometrio para impedir o interferir con la implantación, como es el caso de los hormonales orales de progestina sola, los dispositivos intrauterinos medicados y los anticonceptivos modernos de bajas dosis que bloquean la ovulación o que podrían actuar sobre el proceso de la implantación (la llamada píldora del día siguiente).
3. Que se limite el ejercicio de la libertad reproductiva y sus correspondientes derechos, por la razón inmediata anterior y porque se pondría en riesgo la viabilidad de la fertilización *in vitro*, técnica que en muchos casos constituye el único recurso de las parejas imposibilitadas para tener hijos.

En los primeros meses de gestación no hay nada que indique que estamos en presencia de un ser con capacidades biopsíquicas básicas, por tanto, no es digno, por tanto, no es persona. La asimetría es radical. No se puede establecer siquiera la posibilidad de un conflicto de derechos, porque no estamos hablando de dos personas. Por ello, no veo ninguna necesidad de recurrir a la ponderación como recurso argumentativo para dirimir un con-

⁵⁰ Doncell, Joseph F., “Un punto de vista católico liberal”, en Valdés, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, cit., p. 115.

flicto inexistente. El ejercicio de ponderación supone la pugna entre dos derechos de igual jerarquía pero, como se dijo, solo una de las partes es titular de los derechos fundamentales y toda la normatividad jurídica debería estar encaminada a la protección de los mismos. Si por dignidad entendemos, en la mejor tradición kantiana, que la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro no debe *nunca* ser tratada solo como un medio, sino como un fin en sí misma, entonces por ningún motivo la mujer puede ser instrumentalizada y obligada contra su conciencia a mantener un embarazo.

4. *Derecho a una igualdad diferenciada*

Una última consideración, ahora con respecto al derecho a la igualdad de la mujer. En un sentido negativo, tal derecho debe entenderse como un derecho a la no discriminación, y así entendido se emparenta con el derecho a la dignidad; pero en un sentido positivo, el derecho a la igualdad debe entenderse como un derecho a la diferencia. Con respecto a la no discriminación, una ley que penaliza a las mujeres pobres es discriminatoria:

Es una ley [afirma Gustavo Ortiz Millán] que acentúa las desigualdades existentes en la ya de por sí muy desigual sociedad mexicana. Se podría decir que incluso ayuda a perpetuar las condiciones de pobreza en las que estas mujeres viven imponiéndoles la carga extra de mantener a un hijo no deseado en circunstancias precarias. Además, es una ley que no se aplica a mujeres con recursos, que también abortan, pero en óptimas condiciones sanitarias y sin ningún riesgo ni para su salud ni de ser denunciadas.⁵¹

Con respecto a la igualdad en un sentido positivo, si bien es cierto que se debe predicar la universalidad de los derechos bajo el principio de igualdad, tal universalismo, contra lo que piensan algunas voces masculinas y patriarcales, no debe hacer abstracción de la diferencia sexual. Como sostiene Luigi Ferrajoli, debe intentarse una “refundación” y una “redefinición” del principio de igualdad, en el sentido de una igual valoración jurídica de las diferencias:

Es el punto de vista de las mujeres [continúa Ferrajoli] el que se ha impuesto en el plano cultural, aun antes que en el plano jurídico, y el que ha producido, poniendo en duda y cuestionando el valor y el significado de la igualdad, la que quizás ha sido la más relevante revolución social de los últimos decenios. Obviamente, aun repensado y reformado en función de la valorización de la

⁵¹ Ortiz Millán, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI Editores, 2009, p. 76.

diferencia de género, ningún mecanismo jurídico logrará, solamente él, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos. [...] El verdadero problema, el que requiere intervenciones precisas e imaginación jurídica, es la elaboración de un garantismo de las diferencias de género que sirva de hecho para la realización de la igualdad en su sentido más amplio posible.

Con tal fin, Ferrajoli analiza cuatro modelos de configuración posible de las diferencias: 1. indiferencia jurídica de las diferencias; 2. diferencia jurídica de las diferencias; 3. homologación jurídica de las diferencias, y 4. igual valoración jurídica de las diferencias.⁵² Este último modelo, que defiende Ferrajoli, se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo “en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”. A diferencia del primero, este cuarto modelo garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte, sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de autonomía en las relaciones con los demás.

Si algún derecho a la diferencia debe traducirse en un derecho desigual es el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo. Este derecho, como sostiene Ferrajoli:

[...] le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es solo desvalorizando a estas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiéndola al control penal.⁵³

Termino con una última reflexión para evitar malos entendidos con respecto a esta defensa ferrajoliana del igual valor jurídico de las diferencias. No se trata de defender una suerte de tolerancia hacia las diferencias, es decir, algo así como una resignación o indiferencia frente a aquello que

⁵² Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, cit.

⁵³ *Idem*.

nos distingue. ¿No resulta acaso ofensivo que alguien, en un alarde de solidaridad, se exprese diciendo que tolera las condiciones diferenciales de las mujeres en aras de una mejor convivencia social?

Por supuesto, resulta un paso importante para cualquier sociedad mínimamente decente superar la vocación discriminatoria y ejercer el hábito de la tolerancia, pero creo que aun este valor, tan querido para los liberales, como señalábamos en el capítulo séptimo, debe entenderse de forma temporal: se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto. La tolerancia debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto de las personas en el contexto de una pluralidad diferenciada.