

VERSION RESUMIDA DEL ENSAYO QUE CON EL MISMO TITULO FORMA PARTE DEL LIBRO "CIUDADANIA, SEXUALIDAD Y DERECHOS", COMPILADO POR LA DRA. IVONNE SZASZ PIANTA, EN PROCESO DE REVISION EDITORIAL EN EL COLEGIO DE MEXICO.

"LOS DERECHOS SEXUALES DESDE UNA PERSPECTIVA JURIDICA".

PEDRO ISABEL MORALES ACHE.

I. Introducción.

El presente ensayo se desarrolla con un enfoque estrictamente jurídico de los derechos sexuales entendidos como derechos fundamentales, sin que ello implique proclamar una primacía de lo jurídico sobre lo social y político. Tenemos la convicción de que para alcanzar el desarrollo jurídico del concepto y de su contenido es necesario un ejercicio de esta naturaleza, que facilite el diseño e instrumentación de estrategias específicas para lograr la protección real de los derechos sexuales, por parte del Derecho.

La noción de derechos sexuales, concebida la mayoría de las veces como un componente de los derechos reproductivos, cuenta con un incipiente pero sólido desarrollo por cuanto hace a su legitimación, consecuencia de las luchas históricas de movimientos político-sociales como el feminismo y los grupos gays y lésbicos, y de diversos fenómenos sociales, entre los que destaca la epidemia del VIH/SIDA. La realización de actividades de denuncia política, motivadas por las violaciones que históricamente se han producido en contra de estos grupos, así como el intento permanente, pero poco sistemático, de dotarlos de un reconocimiento institucionalizado, ha permeado en la conciencia social, por cuanto hace a la importancia de su promoción y respeto, favoreciendo la atención de las ciencias sociales, excepto la disciplina jurídica, en los derechos sexuales, dada su íntima vinculación con otros procesos, entre los que destaca la reproducción.

Como consecuencia de ello y particularmente por su tácita inclusión en la Plataforma de Acción de Beijing, la dimensión política de los

derechos sexuales, cuando son caracterizados como derechos humanos, cuenta con las bases mínimas para lograr su potencialización en un plazo mediano. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no existe una delimitación conceptual del término "derechos sexuales", dada la carencia de estudios jurídicos que aborden el tema de manera satisfactoria, ya que las pocas experiencias con que se cuenta presentan severas limitaciones, que se traducen en enumeraciones sobre cuál debe ser el contenido de los derechos sexuales o en una reducción conceptual del término, mediante su definición como derechos de ciertos grupos poblacionales (por ejemplo, los derechos de los homosexuales), o su esquematización a través de una pretendida enunciación de los actos y conductas por ellos protegidos.⁽¹⁾

Tal estado del arte jurídico, respecto a los derechos sexuales, origina diversos problemas, entre los que destacan: la imposibilidad de alcanzar, así sea de forma primaria, su protección legal,⁽²⁾ y el descrédito de la noción de derechos sexuales, por parte de las personas que

⁽¹⁾ Lo que en opinión de Alice Miller representa una demanda devolutiva, en donde existe una identificación con los reclamos sectoriales específicos y el impacto que tal identificación produce. Esta autora señala que el término 'devolutivo' no demerita la importancia que tienen tal tipo de demandas, ya que constituyen algunos de los reclamos más fuertes por los derechos sexuales, destacando que implican el riesgo de que sean utilizadas para reforzar los estereotipos existentes y hacer desaparecer las diferencias. Miller, Alice. "Las demandas por derechos sexuales", en 'Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos.' Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), primera edición, Lima, 2002, pp. 130-131 y 127.

⁽²⁾ Al respecto, por cuanto hace a su falta de determinación jurídico-positiva, resulta aplicable lo señalado por Eusebio Fernández al referirse al iusnaturalismo. "En cuanto a admitir -sostiene Eusebio Fernández-, como lo hacen los iusnaturalistas, que <<los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho positivo>> ... sin exigir su reconocimiento por parte de una norma de derecho positivo, es una verdad a medias e insuficiente e ingenua desde el mínimo punto de vista de la necesaria efectividad y ejercicio de los derechos fundamentales del hombre. Mientras los derechos humanos no estén reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico, su existencia plena, garantizada jurídicamente, aún no habrá tenido lugar." Fernández, Eusebio. "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos". Editorial Debate, S.A., segunda reimpresión de la primera edición, Madrid, 1991, p. 98.

habiendo accedido a la apropiación política de su contenido, se ven impedidas para alcanzar una apropiación “legal” del mismo, ya que el carácter multívoco del concepto de derechos humanos no permite a la mayoría de la población identificar cuándo se está frente a un concepto político o filosófico y cuándo se trata de un concepto jurídico.

El desfase existente entre el desarrollo de la noción de los derechos sexuales en su dimensión política, y en las ciencias sociales diversas al Derecho, y el que ha tenido en esta última disciplina, no sólo es consecuencia de la resistencia por parte de los grupos conservadores para la “juridificación” de tal tipo de derechos, sino que también obedece a otras causas, entre las que pueden ser enumeradas:

a) El hecho de que durante mucho tiempo fue soslayada la dimensión jurídica de los derechos sexuales y reproductivos, por parte de los diversos movimientos político-sociales que han encabezado la lucha por su reconocimiento, lo que a su vez determinó la imposibilidad de trascender los ámbitos político y social de la lucha, dada su falta de delimitación jurídico-positiva, y por ende, su indefinición respecto a sus contenidos exigibles, quedando de esta manera trunca la concientización sobre sus alcances, ya que ésta no estuvo acompañada de un proceso de apropiación de dichos derechos que permitiera que tuvieran concreción en las vivencias cotidianas de la mayor parte de las personas.

b) El clásico desinterés de los juristas por involucrarse en temas que no han sido objeto de una regulación expresa por parte de las autoridades normativas, que tienen delegada la función de creación del Derecho, que es consecuencia del predominio de las teorías positivistas del Derecho y de la caracterización de la ciencia jurídica como una disciplina que debe ser neutral en la resolución de los conflictos ideológicos que se producen en el seno de las sociedades.

c) El hecho de que históricamente han sido más eficaces los operadores jurídicos⁽³⁾

⁽³⁾ Por tal término entendemos a los juristas que realizan actividades de cabildeo y litigio, y elaboran propuestas de legislación o estudios doctrinarios, con la finalidad de influir en las resoluciones judiciales y en la legislación sobre la materia objeto de este estudio, ya sea para la negación de los derechos sexuales (en el caso de los

conservadores, para impedir un desarrollo normativo de los derechos propuestos por los grupos liberales, que los operadores jurídicos de las corrientes liberales, que han incurrido en el error de realizar una defensa ideológica de los derechos sexuales, olvidando la importancia que tiene la necesidad de su concreción normativa.

d) La presión ejercida por grupos de interés de carácter conservador, entre los que destacan la iglesia católica y los grupos pro-vida, para impedir que en las instancias internacionales y nacionales se acepte la existencia de los derechos sexuales, con un contenido jurídico determinable y exigible.

Es conveniente aclarar que el objetivo de este ensayo es explorar los mecanismos que sean capaces de permitir la concreción jurídica de tal clase de derechos, para lo cual consideramos necesario ocuparnos de los siguientes aspectos: a) el reconocimiento de los derechos sexuales; b) el contenido mínimo de los derechos sexuales; y c) el tipo de obligaciones negativas y positivas que derivan de los mismos, planteando la necesaria eficacia horizontal de los mismos. Debido a ello, no se realizará una fundamentación iusfilosófica de los derechos sexuales.

II. La sexualidad y el Derecho.

La sexualidad⁽⁴⁾ ha sido objeto de regulación por el Derecho desde tiempos inmemoriales, ya sea para justificar la naturalidad de ciertas prácticas sexuales que fueron consideradas “naturales” o “normales” (por ejemplo, las relaciones heterosexuales que se producen al interior del matrimonio), siempre y cuando tuvieran por finalidad la reproducción humana, o para reprimir la realización de otro tipo de prácticas sexuales, que fueron caracterizadas como contrarias a la naturaleza (por ejemplo, la homosexualidad),⁽⁵⁾ ya sea para legitimar el

conservadores), o para su reconocimiento (tratándose de los liberales).

⁽⁴⁾ En este trabajo el término ‘sexualidad’ es empleado en un sentido lato, por lo que no se restringe a un concepto unívoco o hegemónico que parta de la pretensión de que exista una sola clase de sexualidad, sino que comprende las diversas sexualidades.

⁽⁵⁾ Es el caso de la penalización de la sodomía que aún subsiste en numerosos países. No ha sido sino hasta el 26 de junio de 2003 cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos ha declarado la inconstitucionalidad de

ejercicio de la sexualidad dentro de ciertos parámetros, que fueron considerados acordes con la moralidad de cada época (por ejemplo, se permitía la sexualidad con una finalidad reproductiva, preferentemente cuando ésta se ejercitaba al interior del matrimonio), en tanto que se reprimía la sexualidad fuera de ese ámbito.

En tales supuestos, la sexualidad nunca fue caracterizada como el contenido resultante del ejercicio de derechos fundamentales de las personas, sino como una materia que podía ser regulada por vía legislativa, e inclusive reglamentaria, en donde el poder estatal no tenía limitante alguna de índole normativo para determinar el contenido específico de la regulación “legal”, que las más de las veces quedaba supeditado a los criterios derivados de la moralidad social hegemónica, o al menos predominante.

Consecuencia de tal enfoque ha sido la regulación que por parte del Derecho Penal ha recibido el ejercicio de la sexualidad, considerando durante mucho tiempo como delito la práctica de relaciones no heterosexuales, permitiendo la no punición de algunas prácticas en principio no aceptadas, siempre y cuando la falta fuese reparada mediante la celebración del matrimonio (caso del estupro), sólo protegiendo a “la pareja” en la medida en que la misma se encontraba reconocida por el orden jurídico (caso del matrimonio y, en algunos supuestos, del concubinato), u otorgando una débil protección a las mujeres víctimas de violencia sexual, que en ocasiones fue prácticamente inexistente, como consecuencia de la tácita caracterización de la mujer como un instrumento reproductivo y como objeto de placer (desconociendo que en su carácter de persona autónoma, tiene el derecho a ser un sujeto que viva el placer).

Asimismo, el Derecho Penal reprodujo eficazmente la ideología conservadora y católica sobre el ejercicio de la sexualidad, regulando de manera diferente una misma

conducta sexual, según el sexo de la persona que realizara la conducta,⁽⁶⁾ o el estado civil de las personas o su rol en las relaciones de pareja.

Lo anterior determinó que históricamente hubiere sido considerado que el contenido concreto de la regulación legal de la sexualidad, fuese una materia por completo disponible para el legislador ordinario, por cuanto hace a los parámetros que debían ser satisfechos por la legislación en la materia, ya fuera mediante la prohibición de ciertas prácticas, o la sola carencia de legislación, que fortalecía la replicación de las prácticas sociales existentes.

Tales formas de normación jurídica de la sexualidad históricamente han estado fuertemente influidas por el hecho de que la sexualidad haya sido caracterizada como un medio necesario para la reproducción de los seres humanos, lo que determinó que su regulación legal estuviere durante mucho tiempo supeditada o condicionada por la regulación que los procesos reproductivos recibían por parte de los ordenamientos jurídicos, de modo tal que el ejercicio de la sexualidad tenía que ser consecuente con la finalidad reproductiva, lo que explica que al momento en que aparecieron los anticonceptivos medicados haya estado prohibido e inclusive penalizado su uso. A su vez, la regulación de la reproducción fue distinta, según estuviere o no legitimado por el orden jurídico el ejercicio de la sexualidad.

Tal caracterización de la sexualidad por parte de los ordenamientos nacionales trajo como consecuencia que sólo fueran objeto de protección legal aquellos bienes (jurídicos) o conductas que eran consecuentes con la visión imperante sobre lo que era una sexualidad socialmente aceptable,⁽⁷⁾ o que excepcionalmente recibieran un trato privilegiado las personas que, habiendo asumido una conducta sexual no legitimada por el orden jurídico, habían logrado mantenerla en privado (caso de la atenuante

una ley (del estado de Texas) que penalizaba la sodomía, bajo la consideración de que vulnera el derecho a la privacidad. En la práctica tal sentencia revoca una decisión de la propia Suprema Corte, que en 1986 había validado una ley del estado de Georgia que declaraba que los homosexuales no tenían el derecho constitucional de realizar actos de sodomía.

⁽⁶⁾ Por ejemplo, la punición del adulterio sólo cuando era cometido por la mujer.

⁽⁷⁾ Como ejemplo de ello encontramos el requisito de la castidad como condición que debía ser satisfecha por las mujeres, para poder ser consideradas como sujetos pasivos de diversos delitos, como el estupro e inclusive, la violación.

de responsabilidad penal que fue denominada “aborto honoris causa”).

III. De la regulación legal de la reproducción y sexualidad a su caracterización como contenido destacado de derechos humanos.

Como consecuencia de que paulatinamente se ha venido consolidando la pretensión de que la determinación del contenido esencial de los derechos humanos escapa a las soberanías nacionales, y que corresponde a la comunidad internacional su caracterización última, mediante la celebración de tratados y convenciones en la materia, determinando el desideratum de que los derechos humanos sean normativamente indisponibles para los órganos constituyentes nacionales, y dada la atribución de fundamentalidad que es inherente a los derechos humanos al interior de los ordenamientos jurídicos, que a su vez produce como consecuencia práctica que todas aquellas normas que son calificadas como derechos humanos (derechos fundamentales), desde un punto de vista jurídico-positivo queden fuera del alcance de las facultades normativas del legislador ordinario y de los diseñadores e instrumentadores de las políticas públicas, quienes quedan obligados a su acatamiento, por cuanto hace al núcleo esencial de tal clase de derechos, al igual que ha acontecido con numerosos derechos, se postuló el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, lo que permite que en las relaciones entre particulares tal clase de derechos prevalezcan sobre otros derechos de carácter legal o secundario.

Sin embargo, resulta evidente que la sola proclamación de los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos es insuficiente para que adquieran el carácter de fundamentalidad, propio de los derechos humanos.⁽⁸⁾ Actualmente la discusión se

centra en determinar si realmente se trata de una nueva clase de derechos humanos (desde el punto de vista jurídico-positivo), o si por el contrario, se trata de actividades humanas destacadas y relevantes, que vienen a ser el contenido de derechos humanos “clásicos” (por ejemplo, libertad, privacidad, intimidad, igualdad, no discriminación), que hacen las veces de continente.

En favor de la primera posición se suelen esgrimir diversos argumentos, entre los que se encuentran: a) que considerar a los derechos reproductivos y sexuales como el contenido de los derechos humanos “clásicos”, produce su invisibilidad, lo que a su vez es causa de su incumplimiento; b) que los derechos reproductivos y sexuales pertenecen a una nueva generación de derechos humanos; c) que los derechos humanos deben corresponder a las necesidades humanas, por lo que pueden existir tantos derechos humanos como necesidades sea necesario satisfacer; y, d) que el solo uso del término “derechos reproductivos y sexuales” permite su divulgación y coadyuva en su apropiación.

La segunda posición se sustenta en disímiles argumentos, entre los que destacan: a) que los derechos humanos tradicionales son suficientes y adecuados para proteger los ámbitos de la sexualidad y la reproducción, mediante la reformulación del contenido normativo de los ‘derechos humanos históricos’, lográndose de esta manera elevar la normación jurídica de la sexualidad y la reproducción al ámbito de los derechos humanos; b) que se debe evitar la “proliferación anárquica” de los derechos humanos, ya que ello permitiría considerar que existe una “hiperinflación” de esta clase de derechos, lo que provoca el desgaste del propio concepto de derechos humanos; y, c)

⁽⁸⁾ Empleamos el término desde un criterio formal, según el cual para que una determinada norma sea considerada como derecho fundamental (o derecho humano, en la terminología clásica), se requiere que tenga un nivel jerárquico superior a la ley, y que su modificación requiera un proceso más complicado que el utilizado para la modificación de la legislación. Por tanto, descartamos expresamente el diverso criterio material, según el cual es el contenido de la norma el que determina su fundamentalidad, ya que ello implica la posibilidad de que existan derechos humanos

reconocidos en las leyes o en normatividades infra-legales, lo que desde un punto de vista jurídico-positivo es impropio, ya que son disponibles para las autoridades normativas ordinarias. En el caso de los derechos sexuales en ocasiones es la legislación ordinaria la que los reconoce, lo que determina que carezcan del carácter de fundamentalidad que es propia de los derechos humanos (un supuesto diverso acontece cuando la legislación ordinaria se limita a reiterar un derecho contenido en una norma fundamental, estableciendo una garantía adicional para su cumplimiento).

que en caso de que se estimase que se trata de nuevos derechos, sería menester que previamente a su operatividad práctica, se diese su reconocimiento en los textos jurídicos correspondientes (constituciones nacionales, tratados y convenciones internacionales).

Corriendo el riesgo de caer en generalizaciones carentes de sustento, puede afirmarse que los operadores del Derecho son mayoritariamente partidarios de la segunda posición que ha sido expuesta, en tanto que la primera es seguida básicamente por las personas que trabajando en la materia, pertenecen a disciplinas sociales distintas al Derecho.

Ante tal divergencia de criterios, y dada la especificidad jurídica de este desarrollo teórico, es conveniente tomar en consideración que la primera posición proclama la "juridificación" de los derechos sexuales y reproductivos a partir de las Declaraciones de Cairo y Beijing, las cuales en sí mismas consideradas no tienen un carácter vinculante para los Estados, dado que se trató de Conferencias Internacionales carentes de poderes legislativos (mediante la redacción de un tratado o convención, que posteriormente fuera sometido a la ratificación de los Estados), y por ende, resulta cuestionable que se proclame que la existencia de los derechos sexuales y reproductivos (en un sentido jurídico-positivo) deriva de tales documentos.

Sin embargo, en un futuro mediano pueden convertirse en una fuente del Derecho Internacional,⁽⁹⁾ mediante la costumbre internacional,⁽¹⁰⁾ de manera similar a lo

acontecido con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá.

Ahora bien, el hecho de que las Declaraciones de Cairo y Beijing carezcan de carácter obligatorio, no demerita el indudable valor que ambas tienen para el surgimiento de la noción de los derechos sexuales y reproductivos, entendidos como derechos fundamentales, ya que ambas representan la formalización del proceso de especificación de tal clase de derechos, por multiplicación.⁽¹¹⁾

Por su propia naturaleza, "la especificación por multiplicación" de los derechos humanos requiere el transcurso de un periodo de tiempo más o menos largo, durante el cual suelen coexistir la proclamación de los nuevos derechos y la ausencia de las características que les permitan tener la naturaleza de auténticos derechos.⁽¹²⁾

McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., primera edición, Madrid, 1997, pp. 317-330.

⁽¹¹⁾ Para Bobbio, adicionalmente a los tres procesos de evolución (positivación, generalización e internacionalización) que han sido considerados característicos de los derechos humanos, desde mediados del siglo pasado, debe agregarse un cuarto proceso, por él denominado 'de especificación por multiplicación', consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de derechos humanos, con base en tres causas: a) un incremento de bienes que son considerados merecedores de tutela jurídica; b) la ampliación de la titularidad sobre los derechos, a sujetos distintos del hombre; y c) por el hecho de que, al igual que aconteció con la idea abstracta de libertad, que se fue determinando en libertades concretas y singulares, se ha venido produciendo una especificación de sujetos, de modo tal que del 'abstracto sujeto hombre', se ha dado una especificación, ya sea respecto al género (mediante el reconocimiento progresivo de las diferencias existentes entre las mujeres y los hombres), o en relación con las distintas fases o estados de la vida, que hace referencia a las "diversas maneras de estar en la sociedad", así como a la especificidad de los diversos status sociales que corresponden a las personas, a partir de distintos criterios de diferenciación, tales como el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera. Bobbio, Norberto. "El tiempo de los derechos", Editorial Sistema, traducción de Rafael de Asís Roig, primera edición, Madrid, 1991, pp. 109-115.

⁽¹²⁾ "Por prudencia —señala Bobbio— he usado siempre en el transcurso de mi escrito la palabra <<exigencias>> antes que <<derechos>>, cuando me refería a derechos no constitucionalizados, esto es, a meras aspiraciones, aunque justificadas con argumentos plausibles, a derechos (positivos) futuros. Habría podido también usar

⁽⁹⁾ Ejemplo de ello es su invocación en el apartado de antecedentes de la Recomendación General número 24, emitida por el Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa al artículo 12 de dicha Convención.

⁽¹⁰⁾ Para ello se requiere un elemento material, consistente en la práctica, entendida como una repetición de comportamientos de los sujetos de Derecho Internacional, llevada a cabo de manera general, constante, uniforme y duradera en el tiempo, un elemento inmaterial, denominado 'la opinio iuris sive necessitatis', que presupone que los comportamientos a que antes se ha hecho referencia se hayan producido con el convencimiento de que están conformes a una obligación jurídica, así como un elemento temporal, que presupone que la repetición de comportamientos se produzca durante cierto lapso temporal. Cfr., Remiro Brotons, Antonio, et. al., "Derecho Internacional",

De igual manera, es evidente que “la especificación por multiplicación” parte del reconocimiento de la historicidad de los derechos humanos, en donde asume un rol determinante la idea de necesidades sociales, que requieren ser reguladas adecuadamente por el Derecho, por lo que es a partir del reconocimiento o surgimiento de tales necesidades sociales,⁽¹³⁾ de donde debe partir la “construcción” de los nuevos derechos.

En el caso de los derechos sexuales y reproductivos nos enfrentamos a la conveniencia de regular la sexualidad y la reproducción, desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que por sí mismo explica su surgimiento, al tiempo que produce un primer proceso de especificación (por cuanto hace al objeto de regulación normativa), pero éste se torna insuficiente, pues es menester la producción de un segundo proceso de especificación, que incida en las personas que son titulares de tal clase de derechos, ya que son diferentes las necesidades que se presentan, lo cual nos obliga a hablar enunciativamente de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres,⁽¹⁴⁾ de las personas adolescentes, de

los enfermos mentales, de las personas en la tercera edad, o bien, de los derechos sexuales y reproductivos, a partir de la orientación sexual que asuman las personas, respondiendo estos diversos supuestos a diferentes necesidades.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, tales necesidades pueden ser atendidas en términos más satisfactorios que los que se alcanzan cuando los derechos sexuales no son caracterizados como derechos humanos, dada su disponibilidad legislativa y su menor entidad axiológica. Asimismo, el que sean considerados como derechos humanos permite que su cumplimiento incumba al orden público, lo que entraña su irrenunciabilidad y determina que si bien su desenvolvimiento básicamente se produce en el ámbito de la vida privada, estén regulados por normas de Derecho Público que limitan la autonomía de la voluntad, de modo tal que es posible “acotar” el “poder privado” que se potencializa en las relaciones privadas y que frecuentemente condiciona la existencia de inequitativas relaciones de pareja, en donde los derechos sexuales de una de las partes son vulnerados, siendo tal transgresión encubierta por la pretendida “privacidad”⁽¹⁵⁾ de tal tipo de relaciones, como de manera ejemplificativa se señala a continuación.

el término <<pretensión>> (claim), que pertenece al lenguaje jurídico, y que es, a menudo, usado en los debates sobre la naturaleza de los derechos del hombre, pero, a mi parecer, todavía demasiado comprometido. Naturalmente, no tengo nada en contra de llamar <<derechos>> también a estas exigencias de futuros derechos, con tal de que se evite la confusión entre una exigencia bien motivada de una protección futura de cierto bien con la protección efectiva de este bien que se puede obtener recurriendo a un tribunal de justicia capaz de reparar el daño y, eventualmente, de castigar al culpable. A quienes no quieran renunciar al uso de la palabra <<derecho>> también para las exigencias naturalmente motivadas de una protección futura, sí puedo sugerir que se distinga un derecho en sentido débil de un derecho en sentido fuerte, y atribuir la segunda expresión únicamente a la exigencia o pretensión eficazmente protegida.” Bobbio, op. cit., p. 124.

⁽¹³⁾ Por ejemplo, en la Recomendación General número 24, emitida por el Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa al artículo 12 de dicha Convención, se parte de la existencia de necesidades en materia de salud que son propias de la mujer.

⁽¹⁴⁾ Al respecto, Correa y Petchesky señalan: “... el concepto de derechos sexuales y reproductivos ha sido ampliado para incluir las necesidades sociales que tienen un efecto negativo en las elecciones reproductivas y sexuales, para la mayoría de las mujeres que son pobres en el mundo”. Asimismo, estiman que uno de los propósitos de las teóricas y activistas

feministas en su esfuerzo por eliminar la universalidad abstracta, el formalismo, el individualismo y el antagonismo que ha entorpecido el lenguaje de los derechos, consiste en “poner en primer plano las bases sustantivas de los derechos en las necesidades humanas y en la redistribución de recursos.” Estas autoras proponen como fundamentos de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres cuatro principios éticos, entre los que se encuentra la diversidad, que entre otros aspectos, parte del reconocimiento de las distintas necesidades de las mujeres. Correa, Sonia, y Petchesky, Rosalind, “Los derechos reproductivos y sexuales: una perspectiva feminista”, en ‘Elementos para un análisis ético de la reproducción’, Coordinado por Juan Guillermo Figueroa, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, Miguel Angel Porrúa, librero-editor, primera edición, México, D.F., 2001, pp. 104, 106, 113 y 123-125.

⁽¹⁵⁾ Uno de los efectos benéficos de la caracterización de los derechos sexuales como derechos humanos consiste en que ello permite que sean limitados otros derechos fundamentales, tales como la privacidad o el derecho a la reproducción, que en la práctica social muchas veces son utilizados para encubrir violaciones a los derechos sexuales o para sostener que el Estado no debe intervenir en la regulación y represión de las conductas que se producen al interior de las relaciones privadas.

El reconocimiento de los derechos sexuales de los enfermos mentales presupone la caracterización de la sexualidad como una conducta inherente al ser humano, que no necesariamente requiere la existencia de un acto voluntario, lo que se traduce en facilitar su ejercicio entre personas con similares características (con el fin de evitar abusos), con restricciones reproductivas, temporales o permanentes (mediante la esterilización de los enfermos mentales, siempre y cuando esté autorizada judicialmente y se cumplan determinados requisitos, entre los que se pueden enunciar la irreversibilidad de la enfermedad mental y la transmisibilidad de la misma).

En el caso de las personas infectadas con el VIH el reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos, posibilita descriminalizar el ejercicio de la sexualidad, previa adopción de mecanismos de protección, evitando su restricción 'en función' de la salud pública.

Tratándose del reconocimiento jurídico de las relaciones entre personas con orientación sexual diversa a la heterosexual, coadyuvaría en el combate de los actos discriminatorios de que son objeto, y que tiene por causa eficiente su orientación o preferencia sexual, materializándose en diversas ramas del Derecho, como el Derecho Laboral (despidos o no contratación), el Derecho a la Seguridad Social (impedimento de registrar a sus parejas como derechohabientes), el Derecho Familiar (imposibilidad de que sus relaciones produzcan consecuencias similares a las que producen el matrimonio o el concubinato, tales como el derecho a recibir alimentos o a heredar por vía legítima), y el Derecho Civil (no reconocimiento del carácter de causahabiente de la pareja arrendataria que fallece).

En el caso de los adolescentes la idea de los derechos sexuales como derechos humanos tiende a evitar que el ejercicio de la sexualidad se realice en condiciones de riesgo para la salud, ya que se tornan obligatorios la educación sexual y el acceso a métodos anticonceptivos y a mecanismos protectores para impedir el contagio de enfermedades sexualmente transmisibles, y permite limitar el ejercicio de la patria potestad, cuando ésta se ejerce en contra de

los intereses preponderantes de los adolescentes.

Respecto de las personas que ejercen el trabajo sexual cuestiona la licitud de los regímenes prohibicionistas y limita los regímenes reglamentaristas (ya que el control sanitario queda supeditado al respeto de los derechos humanos), al tiempo que justifica la libre disponibilidad del cuerpo.

En el caso del matrimonio, entre otros beneficios, el reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos relativiza el débito carnal, que de ser considerado como un derecho absoluto (y en ocasiones, ejercitable mediante violencia), pasa a ser un derecho legal cuyo incumplimiento sólo da lugar a la disolución del vínculo matrimonial.

Convencidos de que es necesaria la especificación de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, desde un punto de vista jurídico-positivo, ya que la sexualidad y la reproducción son los ámbitos de la vida social en donde se potencializa la violencia de género, mediante actos tales como el abuso sexual, el hostigamiento sexual, la violación, los embarazos forzados, la explotación sexual y la discriminación, y dado que este proceso permitiría que el ejercicio de la sexualidad deje de estar subordinado a la finalidad procreativa, y evitaría que la reproducción sea caracterizada como una consecuencia obligada del ejercicio de la sexualidad, estimamos que hasta en tanto no se produzca dicha especificación jurídico-positiva, cuando se habla de la idea de derechos reproductivos y sexuales se está haciendo referencia a derechos humanos "clásicos", que están siendo adjetivados, poniendo énfasis en el contenido de las conductas y necesidades humanas que se pretende sean reguladas por los mismos, lo que al tiempo que permite la utilización de los derechos fundamentales que están expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico,⁽¹⁶⁾ no excluye la

(16) Alice Miller califica de demanda evolutiva de derechos sexuales a aquélla "que busca aplicar los derechos existentes a nuevos sujetos (lesbianas, personas transgénéricas, trabajadoras sexuales) y a nuevas situaciones.", agregando que las "demandas evolutivas procuran obtener avances en el contenido de los derechos existentes de manera gradual: no proclaman nuevos derechos y utilizan los derechos

posibilidad de que paulatinamente se vayan incorporando a las fuentes normativas nuevos derechos (como aconteció con la denominada libertad reproductiva).

IV. La separación de los derechos reproductivos y los derechos sexuales.

Sin desconocer que la noción de los derechos sexuales históricamente surgió como un componente de los derechos reproductivos, y que al igual que ha acontecido en el desarrollo de la noción política de los derechos sexuales, el concepto de derechos reproductivos ha influido de manera positiva para la concreción de su contenido, así sea de manera tácita (ejemplo de ello es que el simple reconocimiento de la licitud para la utilización de los métodos anticonceptivos, por primera vez permitió la posibilidad de disociar, desde un punto de vista jurídico, y así fuere parcialmente, el ejercicio de la sexualidad de la reproducción), estimamos que es posible y deseable su separación conceptual, con la finalidad de que reciban una diferente regulación por el Derecho, y que adicionalmente existe una razón práctica para su diferenciación, ya que el considerarlos como componentes de una misma categoría de derechos humanos termina condicionando el ejercicio de los derechos sexuales a la consecución de la finalidad reproductiva.⁽¹⁷⁾

Consideramos que un argumento a favor de la separación conceptual es que se trata de derechos que persiguen finalidades distintas,

existentes para responder a diferentes aspectos de las necesidades sexuales, con frecuencia agrupando los derechos", op. cit., pp. 127-128.

(17) "... la yuxtaposición entre derechos reproductivos y derechos sexuales ha servido, involuntariamente, para que se considere los derechos sexuales como un subconjunto de los primeros, con una formulación mucho menos elaborada de las obligaciones estatales y de los contenidos con sesgo de género. La idea de que los derechos sexuales son un subconjunto de los derechos reproductivos oculta los procesos socialmente construidos que vinculan la heterosexualidad a la procreación y el matrimonio. En otras palabras, vuelven a ubicar la reproducción como el campo principal para la sexualidad." Miller, Alice, op. cit., p. 132. En opinión de esta autora, ello determina un ocultamiento de las prácticas heterosexuales no procreativas, así como de las personas no heterosexuales y sus prácticas, excluyéndolas de la esfera de protección que corresponde a los 'derechos sexuales y reproductivos', loc. cit.

ya que en última instancia los derechos sexuales pueden ser caracterizados como el derecho a ejercer en las mejores condiciones posibles (tanto de seguridad jurídica como de hecho, en donde quedaría comprendida la salud sexual), la sexualidad en sí misma considerada (cuyo posible resultado podría ser la obtención de placer), por lo que es válido (y posible) que en el ejercicio de su sexualidad las personas excluyan deliberadamente cualquier posible consecuencia de índole reproductiva, dado que el ejercicio de la sexualidad excede en demasía la finalidad reproductiva. Por su parte, los derechos reproductivos versan sobre la decisión (y el derecho) de reproducirse o no, así como sobre las condiciones en que se produce tal proceso (tanto en el aspecto de salud, como en el ámbito jurídico).

Asimismo, la separación conceptual está apoyada por elementos empíricos, ya que actualmente es posible disociar por entero el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, dada la posibilidad de que exista reproducción que no esté precedida de conductas sexuales (como es el caso de la inseminación artificial y la fecundación in vitro), o de que se ejercite la sexualidad en condiciones que impidan de manera absoluta la reproducción.

En contra de la separación conceptual se pronuncian diversas autoras, entre las que se encuentran Silvia Pimentel y Valeria Pandjjarjian, quienes señalan: "... nos parece mejor abordar los derechos sexuales y reproductivos en forma conjunta, vale decir, manteniéndolos relacionados, pero cambiando la forma de tratamiento de esa relación. Consideramos, sobre la base de nuestra experiencia, que no es buena idea trabajar los dos temas por separado."⁽¹⁸⁾

Por tanto, debe tenerse presente que estamos frente a una cuestión que no ha sido resuelta en definitiva, destacando que la discusión sobre si debe considerarse que los derechos sexuales y reproductivos deben ser

(18) Pimentel, Silvia, "Derechos reproductivos. Fragmentos de reflexiones.", en 'Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos'. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), primera edición, Lima, 2002, p. 169. Dicho artículo fue realizado en colaboración con Valeria Pandjjarjian.

separados, tiene una mayor importancia en el ámbito teórico, ya que en la práctica tal discusión se torna secundaria dada la indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos, y que la pretensión de disociar conceptualmente los derechos sexuales y los derechos reproductivos no pretende desconocer la íntima vinculación existente entre sexualidad y reproducción, ni ignora que aún es predominante la tendencia de los ordenamientos jurídicos de supeditar la regulación “jurídica” de la sexualidad, a la regulación “jurídica” que es dada a la reproducción, y que entre sexualidad y reproducción existen múltiples relaciones, que recíprocamente se condicionan.

Fundamentada la separación conceptual entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos, proponemos definir a los derechos sexuales como “el conjunto de potestades jurídicas de carácter fundamental de toda persona de ejercer su sexualidad, en las mejores condiciones posibles, dentro de los límites impuestos por el respeto de la libertad sexual de las restantes personas, sin que tal ejercicio esté sujeto a restricción alguna, por cuanto hace a la preferencia sexual, o a la imposición de un fin diverso a la sexualidad, en sí misma considerada, comprendiendo el derecho de que se reconozcan los efectos legales que sean producto de su ejercicio”.⁽¹⁹⁾

Por tratarse de un concepto preliminar, que se encuentra en una etapa de elaboración teórica, brevemente enunciaremos el contenido de tal definición.

a) La locución ‘potestades jurídicas de carácter fundamental’:

a.1.) Hace referencia a la idea de fundamentalidad formal⁽²⁰⁾ de los derechos

⁽¹⁹⁾ A su vez, por derechos reproductivos entendemos “el conjunto de potestades jurídicas de carácter fundamental de toda persona, que le permiten autodeterminarse por cuanto hace a la decisión sobre si tiene o no hijos, el número y espaciamiento de éstos, en las mejores condiciones posibles (no sólo desde un punto de vista de la salud), así como de acceder a las tecnologías que permiten la reproducción asistida (ya sea por presentar un problema de infertilidad, en cuyo caso se actualiza un componente del derecho a la protección de la salud, o simplemente, por optar por la reproducción sin ejercitar la sexualidad, cuyo sustento es el ejercicio de la libertad reproductiva).

⁽²⁰⁾ Según la cual son derechos humanos aquellos que como tales están reconocidos en una constitución de carácter rígido (esto es, que para su promulgación y

humanos, descartando por tanto la noción de fundamentalidad material.⁽²¹⁾

a.2.) Tiene una connotación de derecho subjetivo⁽²²⁾, que a su vez lógicamente presupone que existe un tercero que debe darle cumplimiento, esto es, simultáneamente a la existencia del derecho, existe una obligación de cumplir con éste o una prohibición de vulnerarlo.⁽²³⁾

reforma requiere un procedimiento más agravado que aquel que se sigue para la legislación ordinaria), o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en la medida en que a éstos se les reconozca una jerarquía normativa similar a la que tiene la constitución.

⁽²¹⁾ De acuerdo con la que podría ser calificado como derecho humano cualquier derecho que satisfaga un contenido previamente estipulado, independientemente del nivel jerárquico que tenga el ordenamiento jurídico (fuente) que lo contenga, lo que llevado al extremo permitiría estimar que existen derechos humanos constitucionales, internacionales (codificados en tratados o convenciones), legales e inclusive infra-legales (por ejemplo, contenidos en reglamentos o normas de jerarquía menor a la reglamentaria).

⁽²²⁾ En la acepción que por derecho subjetivo entiende la situación particular en que se encuentra una persona en relación con el derecho objetivo (un determinado sistema normativo, por ejemplo, el derecho mexicano o el derecho constitucional), del cual deriva el derecho subjetivo que tiene como correlato una obligación activa a cargo de un tercero, o una obligación negativa, y del cual resultan parcialmente sinónimos, entre otras, las expresiones: ‘libertad’, ‘permiso’, ‘licencia’, ‘atribución’, ‘privilegio’, ‘facultad’ y ‘poder’. Vid., Nino, Carlos Santiago. “Introducción al análisis del Derecho”, Editorial Ariel, S.A. cuarta edición, Barcelona, 1991, pp. 195-208. Por su parte, Ferrajoli define a los derechos subjetivos como “las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica”. Ferrajoli, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibarra y Andrea Greppi, Editorial Trotta, S.A., segunda edición, Madrid, 2001, p. 59.

⁽²³⁾ Tales obligaciones o prohibiciones son denominadas por Ferrajoli “garantías primarias” del derecho. Para este autor, las garantías primarias están implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, lo cual no impide que en ocasiones no estén normativamente establecidas, lo que se traduce en la existencia de una laguna primaria, cuya existencia no anula la existencia del derecho subjetivo. Op. cit., pp. 43 y 61-62. En contra de tal posición, encontramos a Ricardo Guastini, quien diferencia entre la atribución de un derecho y la garantía de éste, concluyendo que cuando no existe tal garantía (lo que presupone que sea susceptible de tutela –preponderantemente jurisdiccional–; que pueda ser reivindicado frente a un sujeto determinado; y que tanto el sujeto titular del derecho como el contenido del mismo estén bien definidos), estamos frente a derechos “sobre el papel” (esto es, frente a no derechos). Guastini, Riccardo. “Estudios de teoría constitucional”. Edición y presentación de Miguel Carbonell. Distribuciones Fontamara, S.A./Instituto de Investigaciones Jurídicas,

a.3.) Presupone la justiciabilidad⁽²⁴⁾ de los derechos, entendida como la posibilidad de que su titular (por sí o por un tercero) pueda accionar judicialmente ante la afectación de su propio derecho, de modo tal que el incumplimiento del derecho produzca o actualice consecuencias normativas, que pueden ser: la imposición coactiva de la conducta debida; la imposición de sanciones (de diversa índole, por ejemplo de carácter penal); y el resarcimiento del daño causado por la violación del derecho.

b) Al referirnos a 'toda persona' pretendemos poner énfasis en la característica de universalidad (propia de los derechos humanos) que debe ser satisfecha por los derechos sexuales, y por tanto, se rechaza la pretensión conservadora de excluir de la titularidad de esta clase de derechos a diversos grupos poblacionales (tales como los menores de edad y las personas adultas con orientación no heterosexual).

c) El ejercicio de la sexualidad es comprensivo de las diversas prácticas sexuales (o sexualidades) que se manifiestan en la realidad social, y por tanto, prescinde de la caracterización de la sexualidad como una práctica heterosexual, con fines reproductivos (y sólo mediante prácticas tendientes a alcanzar la reproducción), reservada a personas adultas unidas en relaciones matrimoniales. Debido a ello, los derechos sexuales deben proteger la libre orientación sexual, por lo que necesariamente deben reconocer los mismos efectos legales derivados de su ejercicio, independientemente de la orientación sexual de las personas.

d) La expresión 'en las mejores condiciones posibles' alude a la preocupación de que la noción de los derechos sexuales se limite a un enfoque negativo (que de alguna manera correspondería a la caracterización clásica de los derechos civiles y políticos, que

asumía que su cumplimiento únicamente requería obligaciones negativas o abstenciones), por lo que diversas autoras proponen que tal clase de derechos preponderantemente reciba un enfoque positivo o afirmativo⁽²⁵⁾ (que a su vez, tendría cierta correspondencia con la caracterización clásica de los derechos económicos y sociales, que estimaba que su cumplimiento exigía la realización de actividades prestacionales que garantizaran la creación de condiciones para el ejercicio del derecho), siendo conveniente tomar en cuenta que contrariamente a la creencia generalizada de que en tanto los derechos civiles y políticos son de exigibilidad inmediata, los derechos económicos y sociales no son exigibles o su exigibilidad es mediata, dado el tipo de obligaciones que derivarían de cada clase de derechos, es inexacto que los derechos civiles y políticos sólo presupongan obligaciones negativas y que los derechos económicos y sociales necesariamente presupongan obligaciones positivas, lo que debe tenerse en cuenta al momento de determinar las obligaciones que derivan de los derechos sexuales, por lo que partimos de la pretensión expresa de que el concepto también represente una noción afirmativa de los derechos sexuales, en cuanto que éstos son entendidos como la potencialización de las condiciones adecuadas para el ejercicio de la sexualidad, y no sólo como límites negativos para el Estado o los particulares, por lo que aplicando el pensamiento de van Hoof,⁽²⁶⁾ estimamos que tratándose de los

Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México, D.F., 2001, pp. 220-221.

⁽²⁴⁾ Abramovich y Courtis entienden por justiciabilidad la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento, al menos, de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, por lo que estiman que la idea de justiciabilidad alude a la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento de un derecho. Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian. "Los derechos sociales como derechos exigibles". Editorial Trotta, S.A. primera edición, Madrid, 2002, p. 61.

⁽²⁵⁾ Vid., Petchesky, Rosalind P. "Sexual rights: Inventing a Concept, Mapping an International Practice", in 'Framing the Sexual Subject: The Politics of Gender, Sexuality and Power', Parker, R., Barbosa, R. M., and Aggleton, P. (eds.), University of California Press, Berkeley, 2000, pp. 81-103. Al respecto, Miller señala que "... el paso hacia reclamar derechos sexuales desde el punto de vista afirmativo (o ... de crear las condiciones para el disfrute de la sexualidad) es un ensanchamiento muy importante y necesario del trabajo sobre los derechos", op. cit., p. 127.

⁽²⁶⁾ Este autor distingue cuatro niveles de obligaciones que derivan de los derechos humanos: obligaciones de respetar (deberes del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho); obligaciones de proteger (que consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes); obligaciones de garantizar (que suponen asegurar que el titular del derecho tenga acceso al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo), y obligaciones de promover (deber de

derechos sexuales se actualizan obligaciones de respetar, de proteger, de garantizar y de promover.

e) Por 'límites impuestos por el respeto de la libertad sexual de las restantes personas' entendemos que al igual que los restantes derechos humanos, los derechos sexuales no tienen un carácter absoluto, y por ende, su ejercicio está supeditado al respeto de los restantes derechos fundamentales que corresponden a las personas, destacando el respeto a la libertad sexual, con la finalidad de proscribir la violencia y la imposición sexuales. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien los derechos sexuales son de índole individual, y por tanto corresponden a cada persona, su ejercicio básicamente tiene un componente relacional, esto es, mayoritariamente se actualiza en la vida en relación, por lo que requiere el consentimiento de las otras personas, salvo cuando estamos frente a un ejercicio estrictamente individual. Al respecto, Alice Millar sugiere "... que un camino adecuado para incorporar el concepto de los derechos sexuales como derechos ejercidos no sólo individualmente, sino con otras personas, sería colocar en el centro de su formulación la demanda por la autonomía y la dignidad, donde la autonomía se entendería como una reivindicación integrada que surge de condiciones favorables (entre las que se incluye el contexto comunitario y cultural)."⁽²⁷⁾

Consideramos que la importancia del anterior concepto radica en que se reconoce que el ejercicio de la sexualidad debe producirse en condiciones adecuadas (que tienen

desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan a su disfrute). van Hoof, G.H.J. "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en P. Alston y K. Tomasevski (eds.), 'The Right to Food', Utrech, 1984, citado por Abramovich y Curtis, op. cit., pp. 28-29. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales utiliza un esquema de tres niveles de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger y obligaciones de satisfacer (que comprenden las obligaciones de garantizar y las obligaciones de promover, de van Hoof). Vid., Abramovich y Curtis, op. cit., p. 31.

⁽²⁷⁾ Miller, Alice, op. cit., pp. 136-137. Para esta autora, el límite del ejercicio de los derechos sexuales debe ser entendido como la prohibición de afectar los derechos de las restantes personas, y no como una barrera que impida determinadas prácticas, aduciendo una afectación a principios religiosos, morales o sociales. Ibidem, p. 137.

connotaciones negativas y positivas), que no sólo hacen referencia a aspectos de salud y de carácter económico, sino también de índole jurídico, por cuanto hace a que en su ejercicio debe estar ausente la violencia o la imposición, y que idealmente se deben ejercer los derechos sexuales en una situación de protección de la salud sexual, con el acceso de métodos que permitan abatir el riesgo de adquirir infecciones de transmisión sexual. Sin embargo, es importante tener presente que existe el riesgo de que se produzca una medicalización de la sexualidad.⁽²⁸⁾

V. La naturaleza de los derechos sexuales.

Atendiendo a la indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos, resulta obvio que los derechos sexuales participan tanto de la naturaleza de los derechos civiles y políticos (que básicamente requieren abstenciones estatales), como de la naturaleza de los derechos sociales y económicos (que generalmente presuponen la realización de actividades prestacionales), por lo que en su determinación jurídico-positiva deben ser tomados en cuenta ambos tipos de derechos. Es así como a partir de derechos civiles y políticos de honda tradición, como el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, que dada su peculiar índole, son de exigibilidad inmediata, se puede alcanzar el respeto de diversos derechos sexuales (por ejemplo, a la libre orientación sexual de las personas). Sin embargo, en su formulación clásica estos derechos se tornan por entero insuficientes, ya que la mayoría de las prácticas discriminatorias encuentran su sustento en omisiones legislativas, que se abstienen de atribuir a las relaciones no heterosexuales las mismas consecuencias que son reconocidas para el caso de las relaciones heterosexuales (por ejemplo, los beneficios de la seguridad social), esto es, se trata de discriminaciones normativas⁽²⁹⁾ (que pueden ser tácitas o expresas).

⁽²⁸⁾ Miller estima que la expresión 'salud sexual' tiende a "definir lo que sería el sexo 'normal, naturalizado' y a crear una jerarquía que excluye a las sexualidades diversas, o para algunos, perversas", op. cit., p. 134.

⁽²⁹⁾ Entendidas como aquellas que se producen por el tratamiento diferenciado y desigual que una o más normas jurídicas -generalmente dos o más normas-, dan a distintas clases de personas que bajo un criterio de

Por tanto, si bien existen derechos civiles y políticos que permiten otorgarle a los derechos sexuales un contenido significativo, usualmente los derechos civiles y políticos determinan que sólo se reconozca el aspecto negativo de los derechos sexuales (abstenciones del Estado y de los particulares). Por el contrario, tratándose de los derechos económicos y sociales, se logra abordar la faceta positiva de los derechos sexuales, mediante la necesaria creación de condiciones que faciliten su ejercicio. Sin embargo, es menester trascender la postura clásica que entiende que tal tipo de derechos necesariamente es de carácter progresivo, mediante la desagregación de sus componentes, con el fin de identificar los que son de exigibilidad inmediata.

Por cuanto hace a los derechos económicos y sociales las limitaciones presupuestarias de los Estados favorecen la frecuente aceptación, tanto en los tratados internacionales como en la doctrina jurídica, de que se trata de derechos cuyo cumplimiento es de naturaleza progresiva. Por ello, es necesario desarrollar mecanismos que, tratándose de derechos sexuales tales como el derecho a la protección de la salud sexual⁽³⁰⁾ o el derecho a la educación sexual, nos permitan atenuar su progresividad, y consecuentemente, lograr que se trate de derechos exigibles y justiciables, cuyo incumplimiento produzca consecuencias jurídicas y promueva el desarrollo de un sistema garantista de los derechos fundamentales.⁽³¹⁾ Esto hace

razonabilidad deberían recibir un mismo tratamiento jurídico, la cual generalmente presupone para su identificación la comparación de los contenidos normativos y los efectos que éstos producen, ya que si se realiza el análisis normativo de manera individualizada no es posible advertir el tipo de discriminación que nos ocupa.

⁽³⁰⁾ En realidad se trata de un subderecho derivado del derecho a la protección a la salud, que a pesar del riesgo de que implique una excesiva medicalización del tema quizá sea el derecho de carácter económico y social que puede aportar un mayor contenido normativo a favor de la noción de los derechos sexuales, por lo que algunos autores de ideología conservadora han propuesto su limitación.

⁽³¹⁾ En el sentido desarrollado por Ferrajoli, para quien ello implica el desarrollo de técnicas o procedimientos jurídicos que posibiliten la máxima eficacia de los derechos fundamentales y, consecuentemente, que reduzcan la distancia estructural entre normatividad (fundamental) y efectividad. Vid. op. cit. pp. 15-35.

necesaria la desagregación de los componentes de los derechos económicos y sociales cuyo contenido resulta aplicable a los derechos sexuales, de modo tal que sea posible identificar sus aspectos de realización inmediata (y exigible), dado que requieren de actividades estatales que no implican un mayor costo que el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, como lo sería la realización de actividades relacionadas con el derecho a la protección de la salud sexual, tales como la realización de programas de educación para la salud sexual y la sola difusión de información, lo que evidentemente atemperaría su progresividad. De manera simultánea se debe trabajar en la determinación de contenidos mínimos de los derechos sexuales, que sean consecuentes con la satisfacción de necesidades específicas de ciertos grupos poblacionales, de modo tal que se incida en la provisión de los servicios públicos que son requeridos para su cabal cumplimiento.

Por tanto, si bien la meta mediata debe ser lograr el pleno reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos, desde un punto de vista jurídico-positivo se debe tener presente que ello será del todo insuficiente, hasta en tanto no se logre la caracterización de los derechos sexuales como auténticos derechos públicos subjetivos (esto es, como el conjunto de facultades y poderes concretos, otorgados por el derecho objetivo –normas de carácter fundamental-, que permiten a su titular exigir su cumplimiento, o un resarcimiento ante su violación), lo que implica la posibilidad de que las contravenciones a los derechos sexuales indefectiblemente produzcan consecuencias jurídicas.

Bibliografía.

Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Editorial Trotta, S.A., primera edición, Madrid, 2002.

Bobbio, Norberto. “El tiempo de los derechos”. Editorial Sistema, traducción de

Resulta obvio que la noción de un sistema garantista de los derechos fundamentales anula la posibilidad de la existencia de “derechos sobre el papel”, a que se hizo referencia en la nota de pie de página número 23.

Rafael de Asís Roig, primera edición, Madrid, 1991.

Correa, Sonia, y Petchesky, Rosalind. "Los derechos reproductivos y sexuales: una perspectiva feminista", en 'Elementos para el análisis ético de la reproducción', Coordinado por Juan Guillermo Figueroa, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, primera edición, México, D.F., 2001.

Fernández, Eusebio. "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos". Editorial Debate, S.A., segunda reimpresión de la primera edición, Madrid, 1991.

Ferrajoli, Luigi. "Derechos y garantías. La ley del más débil", traducción de Perfecto Andrés Ibarra y Andrea Greppi. Editorial Trotta, S.A., segunda edición, Madrid, 2001.

Guastini, Riccardo. "Estudios de teoría constitucional". Edición y presentación de Miguel Carbonell. Distribuciones Fontamara, S.A./Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México, D.F., 2001.

Miller, Alice. "Las demandas por derechos sexuales", en 'Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos.' Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), primera edición, Lima, 2002.

Nino, Carlos Santiago. "Introducción al análisis del Derecho". Editorial Ariel, S.A., cuarta edición, Barcelona, 1991.

Petchesky, Rosalind P. "Sexual rights: Inventing a Concept, Mapping an International Practice", in 'Framing the Sexual Subject: The Politics of Gender, Sexuality and Power'. Parker, R., Barbosa, R. M., and Aggleton, P. (eds.), University of California Press, Berkeley, 2000, pp. 81-103.

Pimentel, Silvia. "Derechos reproductivos. Fragmentos de reflexiones", en 'Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos.' Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), primera edición, Lima, 2002. Dicho artículo fue realizado con la colaboración de Valeria Pandjarian.

Remiro Brótons, Antonio, et. al., "Derecho Internacional". McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., primera edición, Madrid, 1997.