

Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad

Roger Raupp Rios¹

Introducción

Parte 1 - Ciudadanía sexual, derechos reproductivos y derechos sexuales

1.1. Derechos reproductivos y sexuales en el derecho internacional de los derechos humanos

1.2. Los derechos reproductivos y sexuales en el derecho de la sexualidad

Parte 2 - Elementos básicos para el desarrollo del derecho de la sexualidad

2.1. Introducción

2.2. Ámbito de protección

2.3. Principios básicos: libertad, igualdad y dignidad

2.3.1. Libertad e igualdad como medios de defensa en el derecho de la sexualidad

2.3.2. Libertad e igualdad como medios positivos de promoción del derecho de la sexualidad

2.4. Reconocimiento y distribución en el derecho de la sexualidad

2.5. Un estudio de caso: uniones homosexuales en el derecho de la sexualidad

2.6. Minorías y derechos especiales en el derecho de la sexualidad

2.7. El alcance del derecho de la sexualidad: la dicotomía público - privado

Parte 3 - Objeciones al derecho democrático de la sexualidad

3.1. Introducción

3.2. El argumento mayoritario

3.3. El argumento moralista

3.4. El argumento biomédico

Parte 4 - Algunos temas sensibles en el derecho de la sexualidad

4.1. Relación con los derechos reproductivos

4.2. Prostitución

4.3. Pornografía

Conclusión

¹ Maestro y pasante de Doctor en Derecho (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil), *profesor visitante en el Centro para el Estudio de los Derechos Humanos (Universidad de Columbia - NYC)* y Juez Federal (Porto Alegre – RS – Brasil). E-mail: algerio@uol.com.br.

Introducción

La democracia y la ciudadanía son ideas centrales en los diversos movimientos sociales contemporáneos. Mediante su articulación, una variada gama de reivindicaciones han logrado avances importantes, incluyendo demandas de diversos sectores de la vida individual y colectiva. Uno de los efectos de esta dinámica ha sido la comprensión cada vez más difundida, de las múltiples dimensiones requeridas para la construcción de una sociedad democrática, como demuestran las demandas de inclusión social, económica, política y cultural. Estas dimensiones marcan también una ampliación del concepto de ciudadanía, ya que éste tradicionalmente se asociaba solamente con el estatus jurídico adquirido en virtud de la pertenencia nacional.

La idea de los derechos humanos, según es entendida en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, también refleja esta dinámica. La evolución de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948, ha afirmado los derechos económicos, sociales y culturales. Esto puede constatarse en un aumento en la atención brindada a cuestiones concretas relacionadas por ejemplo con el género y la infancia. Cada vez más el ser humano es visto como sujeto de derechos que van mucho más allá que la mera pertenencia a una nacionalidad.

Entre los aspectos implicados en estas dimensiones, la sexualidad aparece como uno de los aspectos más polémicos y de difícil progreso. A pesar de las luchas cada vez más visibles y articuladas de los movimientos feministas, gays, lésbicos, transgénero y de trabajadoras y trabajadores sexuales, todavía falta mucho para lograr una participación en igualdad de condiciones para estos grupos en la vida social. A pesar de la aprobación en diferentes partes del mundo de legislación que protege algunos de sus derechos, todavía falta mucho para que sean efectivos y se expandan a otros ámbitos importantes. Muchos factores concurren en esta situación de privación de derechos y de limitación de oportunidades, los cuales han sido objeto de atención desde diferentes perspectivas.

Desde el punto de vista jurídico, los conceptos de derechos reproductivos y derechos sexuales son una expresión de este esfuerzo. No obstante, a pesar de los avances obtenidos hay razones de orden teórico y de orden práctico que recomiendan avanzar todavía más. Por tanto, es necesario desarrollar un “derecho democrático de la sexualidad”, es decir, una revisión de la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales, de diversas normas jurídicas cuyo ámbito de protección tiene que ver con diversas manifestaciones de la sexualidad humana.

La importancia de esta tarea va más allá de la coherencia teórico-científica y del cultivo del saber intelectual. Construir, en la medida de lo posible, un abordaje jurídico más sistemático, posibilita a los/as profesionales del derecho y a los movimientos sociales contar con un instrumento de intervención más eficaz, más allá de exigir la profundización de estos debates de un

modo coherente y posibilitar la democratización de la discusión y en consecuencia, del sistema jurídico y político como un todo.

Este artículo pretende contribuir en este sentido. Para esto, después de contextualizar la idea de los derechos reproductivos y su vínculo con los derechos sexuales (Parte 1), presentaré algunos elementos que considero fundamentales para el desarrollo de este derecho democrático de la sexualidad (Parte 2), poniendo énfasis en el ámbito de protección, los principios básicos, el alcance, la relación con el concepto de minorías, finalizando esta parte con algunas consideraciones sobre las uniones homosexuales en este contexto. Finalmente, las dos últimas partes están dedicadas a las objeciones más frecuentes al desarrollo de esta perspectiva (Parte 3) y de algunos temas sensibles en esta elaboración (Parte 4).

PARTE 1 - Ciudadanía sexual, derechos reproductivos y derechos sexuales

En esta parte presento un breve recuento histórico del surgimiento de las cuestiones relativas a la sexualidad en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este abordaje se justifica en la medida en que, de modo general, las cuestiones de la sexualidad en el contexto de los derechos humanos parten de la idea de los derechos reproductivos para llegar a los derechos sexuales. Inicio esta parte señalando los principales momentos de este desarrollo para a continuación, discutir algunas de sus limitaciones.

1.1. Derechos reproductivos y sexuales en el derecho internacional de los derechos humanos

En el ámbito de la sexualidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos han evolucionado a partir del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de las mujeres, teniendo como punto de partida la idea de los derechos reproductivos (Cabal, Roa e Lemaitre, 2001; Vargas, 1996). En efecto, después de las declaraciones genéricas y abstractas en relación con el derecho a la vida, a la salud, a la igualdad y la no-discriminación, a la integridad corporal y a la protección contra la violencia, al trabajo y a la educación (reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana de Derechos Humanos), se produjeron documentos internacionales como resultado de conferencias que trataron específicamente con la reproducción, y en este contexto, con la condición femenina.

En este sentido, la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán - 1968) reconoció la importancia de los derechos humanos de la mujer y la necesidad de contar con medidas para proteger esos derechos (Art. 15). La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, y estableció el decenio 1976-1985 como dedicado a la mejoría de las condiciones de vida de las mujeres. En este período se realizaron dos conferencias mundiales: en 1980 en Copenhague y en 1985 en Nairobi.

Antes de estas fechas, en 1979 fue promulgada la importante Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En 1993, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena se declaró que los derechos humanos de la mujer son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos, siendo necesaria su participación en igualdad de condiciones sociales y la erradicación de todas las formas de discriminación con base en el sexo y de todas las formas de violencia contra la mujer.

En 1994, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (Cairo) estableció un Programa de Acción que afirmó los derechos reproductivos como categoría de los derechos humanos ya reconocidos en tratados internacionales, incluyendo el derecho a escoger libre y responsablemente el número de hijos/as y su espaciamiento, disponiendo de información, educación y de los medios necesarios para lograrlo. Algo muy importante para los fines de este trabajo fue la declaración de que la salud reproductiva implica la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos. El documento, como un todo, reafirma la importancia de relaciones de género más igualitarias, con mayor libertad para las mujeres, libres de discriminación y de violencia. Es también relevante mencionar el derecho de los hombres, mujeres y adolescentes a tener acceso a métodos seguros, eficaces, aceptables y de su elección, para la regulación de la fecundidad.

En 1995, la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing, confirmó las directrices definidas en el Cairo. En esta conferencia, se afirmó la necesidad de proteger derechos estrictamente vinculados a los derechos reproductivos, tales como los derechos sexuales, el derecho a la salud, a la integridad y a la protección contra la violencia, a la igualdad y a la no-discriminación, al matrimonio, la educación y la protección contra la explotación sexual.

En el ámbito regional, un instrumento de particular importancia para América Latina fue la Convención de Belém do Pará (1994), destinada a prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer, establece como preocupación explícita la violencia perpetrada en el ámbito doméstico y la responsabilidad del estado no sólo por los actos de violencia estatal, sino también por la tolerancia de actos de violencia privados, contra la mujer.

En la interpretación de estos diversos instrumentos normativos, vale resaltar la relación de la violencia doméstica y las altas tasas de mortalidad materna con el derecho a la vida, a la protección de la integridad física y la prohibición de tratamientos inhumanos, degradantes y de la tortura; el acceso a los servicios de salud reproductiva sin discriminación de género al derecho genérico a la salud; la violación sexual como tortura; las violaciones sexuales durante los conflictos armados como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra (conforme a lo establecido por los tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional); el obstáculo al control de la fecundidad por parte de la mujer, así como las esterilizaciones involuntarias y la imposición de métodos anticonceptivos, como violación a la autonomía reproductiva; la denuncia médica de la práctica del aborto como violación a la

intimidad, derecho que tiene que ver también con la toma de decisiones reproductivas sobre el cuerpo.

En el contexto de estos instrumentos internacionales, el derecho a la igualdad y a la no-discriminación ha sido desarrollado de manera cada vez más amplia. Más allá de su relación con muchos de los derechos anteriormente enunciados, su mandato de igualdad de condiciones para el ejercicio de diversos derechos y la superación de las barreras de la discriminación apunta, en una interpretación comúnmente aceptada, a la prevención y represión de conductas discriminatorias, la adopción de medidas afirmativas dada la situación de desventaja de la mujer, la protección con relación al acoso sexual, al embarazo o su posibilidad y al igual acceso a un sistema de enseñanza que incluya la educación sobre salud reproductiva.

Otro aspecto importante, desarrollado en este contexto de derecho internacional de los derechos humanos, es el respeto al derecho del matrimonio y la fundación de una familia. Este implica el derecho a contraer matrimonio libremente, disolverlo y a una misma capacidad y edad de consentimiento.

Considerando el objetivo de este artículo he de resaltar que (1) la sexualidad fue abordada en los instrumentos internacionales a partir de la legítima y necesaria preocupación con la situación de la mujer, (2) que esta preocupación generó, a partir del espectro de los derechos reproductivos, una noción de derechos sexuales y que, todavía (3) esta perspectiva necesita ser ampliada para el desarrollo de un derecho de la sexualidad (Miller, 2000).

1.2. Los derechos reproductivos y sexuales en el derecho de la sexualidad

En un abordaje jurídico de la sexualidad, sus contenidos son generalmente articulados a partir de las demandas que surgen de situaciones específicas representativas de las luchas y reivindicaciones de los movimientos feministas, desde las realidades sociales de de la discriminación sexista y de la violencia, hasta cuestiones relativas a la salud reproductiva, especialmente con respecto al acceso a anticonceptivos y al aborto.

Esta dinámica genera una comprensión de la temática de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos mediante una perspectiva centrada en la situación de violación de derechos enfrentada por las mujeres, vistas tanto como víctimas de discriminación o de violencia, y como seres humanas involucradas directa y particularmente en la reproducción.

Sin subestimar en ningún momento tales realidades, avanzar en la comprensión de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos en el marco de los derechos humanos implica ampliar la perspectiva. Esto porque los derechos sexuales y los derechos reproductivos son categorías jurídicas propensas a la problematización de fenómenos y relaciones sociales enfrentadas no sólo por las mujeres, sino también por los hombres. Tales derechos son necesarios de manera significativa, en las discusiones del respeto a la expresión sexual, aquí entendida en su

forma más amplia, abarcando la orientación sexual homosexual, heterosexual, bisexual, la transexualidad y el travestismo. A ellas/os también no se les puede excluir del debate sobre el acceso a los diversos tipos de técnicas de reproducción asistida.

Efectivamente, todas las situaciones enumeradas, expresan la pretensión del ordenamiento jurídico de regular una serie de relaciones sociales en donde los aspectos relacionados con la sexualidad se presentan de manera directa y decisiva. Por lo tanto, es necesario atribuir al concepto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos un espectro más amplio, capaz de responder a tantas y tan variadas demandas.

De esta manera, fijar la comprensión de estos derechos exclusivamente a las realidades mencionadas vinculadas particularmente a ciertos aspectos de la condición femenina, produciría lagunas ante la diversidad de las cuestiones involucradas. Además, se podría correr el riesgo de reducir la operabilidad de estas categorías jurídicas, inclusive en lo que respecta al universo femenino, lo cual significaría un reduccionismo indeseable e innecesario.

No se puede olvidar que los derechos humanos, especialmente cuando han sido reconocidos constitucionalmente de manera amplia y extensa en un texto jurídico fundamental abierto a las nuevas realidades históricas, tienen la tarea de proteger la mayor gama posible de situaciones. En este punto por ejemplo, la Constitución brasileña de 1988 consagra sin ninguna duda tal apertura, ya sea por la cantidad de normas constitucionales expresas, definitivas de derechos y garantías individuales y colectivas, o por la cláusula explícita de apertura a la inclusión de nuevos derechos humanos, según la cual “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros generados a partir... ***de los principios conferidos por ésta***, o de otros tratados internacionales de los que la República Federal del Brasil forme parte.” (Art. 5º, Párrafo 2º). A esta cláusula explícita de apertura constitucional al reconocimiento de otros derechos humanos, se debe agregar además la enumeración constitucional de los derechos de los artículos 5º, 6º y 7º, ya sea como previsión de otros tantos derechos humanos individuales y colectivos a lo largo del texto, tales como los derechos relativos a la seguridad social y a la sociedad familiar (Artículos 194 y 226, respectivamente).

Dispositivos constitucionales de este tipo establecen bases sólidas y un terreno fértil para el reconocimiento de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, desde la perspectiva aquí defendida. Sin embargo, para su concretización y efectividad, estos dispositivos fundamentales nacionales e internacionales, deben ser objeto de estudio y sistematización, y demandan reflexión teórica a la academia y el compromiso de los/as integrantes del sistema de impartición y procuración de justicia.

PARTE 2 - Elementos básicos para el desarrollo de un derecho de la sexualidad

2.1. Introducción

El ordenamiento jurídico entendido como un conjunto de normas (principios y reglas jurídicas) es un proceso de regulación social. Su materia prima son las relaciones sociales, cuyos diversos contenidos (económico, social, religioso, moral, sexual, etc.) son considerados (o no) en la elaboración de las normas, buscando la obtención de un cierto resultado, orientado por ciertos valores, que puede ser una acción, una omisión, la imposición de una pena, la premiación de determinadas conductas. Los contenidos a los que me refiero pueden ser los más diversos en cada relación social juridicalizada: a veces, la norma considera cierta condición personal como supuesto para el reconocimiento de un beneficio (ser ciudadano/a de cierto país para tener acceso a determinado beneficio público) o perjuicio (haber sido condenado criminalmente a la privación de cierto derecho), otras veces toma en cuenta solamente ciertas conductas, intentando no considerar las características personales particulares del sujeto en cuestión.

Estructurado de esta manera, el ordenamiento jurídico toma en cuenta determinadas esferas de la vida, generando diversos ámbitos, cuya construcción, afirmación y consagración académica dependen de innumerables factores relacionados con los momentos históricos en que cada uno se desarrolla. De esta manera, las revoluciones burguesas van a construir en Europa continental un sistema jurídico centrado en el Código Civil, concebido como una verdadera “constitución de la vida privada”, listo para regular la propiedad y la herencia, los negocios y el comercio, y de la familia. El paradigma de sujeto de derecho era claro: masculino, blanco, europeo, cristiano, heterosexual. La difusión de este paradigma también alcanzó el derecho público, siendo fácil entender porqué las proclamas constitucionales de un sujeto de derecho universal y abstracto, operaban de manera tan excluyente de las mujeres u otros grupos sociales.

Hago referencia a todos estos elementos para pensar un derecho de la sexualidad a partir de los derechos sexuales y reproductivos, que mencioné anteriormente. La elaboración de estos derechos en innumerables documentos internacionales es fruto de una evolución del derecho internacional público gestado después de la II Guerra Mundial. Este derecho, partiendo de la afirmación necesaria de la dignidad de todos/as las/os seres humanos/as como respuesta a las consecuencias de los totalitarismos, el racismo “científico” y la presencia de los neocolonialismos, fue teniendo que reconocer las especificidades, abriendo espacio para el reconocimiento de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, llegando entonces a la situación particular de la vulnerabilidad femenina, según dan testimonio los distintos encuentros, conferencias e instrumentos antes citados.

Por lo tanto, los marcos de esta construcción histórica de los derechos reproductivos y sexuales, hacen necesaria la ampliación de estas nociones, posibilitando proponer un derecho de la sexualidad cuyo ámbito de protección refleja la amplitud de la comprensión contemporánea de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales.

2.2. Ámbito de protección

En el contexto descrito, la relación íntima entre la categoría de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos se vuelve muy comprensible y positiva. Sin embargo, es necesario avanzar más. Las concepciones de derechos sexuales-derechos reproductivos desarrolladas de esta manera hacen que el tratamiento jurídico de la sexualidad se concentre en la condición particular de un determinado grupo de seres humanas (las mujeres), agrupando normas de distintos ámbitos del ordenamiento jurídico con el fin de proteger a este grupo de la discriminación, promover su condición, posibilitar el más amplio disfrute del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

En esta dinámica, quedan sin debida atención - y a veces en situación de confrontación - otros puntos fundamentales para el desarrollo de un derecho de la sexualidad.

En efecto, un derecho de la sexualidad debe cuidar no sólo la protección de un grupo sexualmente subordinado en función del género o del sexo. Otras identidades reclaman esa protección, como ocurre con la población gay, lesbiana y transgénero. Más aún: el derecho de la sexualidad no se puede agotar en la protección identitaria, independientemente del grupo que sea. La protección jurídica de conductas y preferencias sexuales no necesariamente vinculadas a identidades particulares apunta en esta dirección, como demuestra el sado-masochismo u otras formas de erotismo “no-convencional” (Taylor, 1997:106).

En este sentido, la propuesta de que el derecho de la sexualidad no debe estar fijado solamente en identidades y prácticas sexuales predefinidas, evitando etiquetas e imposiciones heterónomas, evita el peligro de que clasificaciones rígidas, basadas en distinciones sexuales monolíticas, acaben reforzando la lógica que genera el machismo y heterosexismo en el derecho vigente (Calhoun, 1993). Esto sin hablar del papel del sistema jurídico en la construcción de estas identidades usualmente marginadas, imponiendo una determinada visión sobre un grupo determinado. Se trata por lo tanto, de elaborar un derecho de la sexualidad que intente evitar estos peligros, informado, por los principios de la libertad y la igualdad, como veremos a continuación. Su aplicación, frente a cada caso concreto, debe promover un balance entre las identidades y prácticas en cuestión y tales principios.

El derecho de la sexualidad tampoco puede dejar por fuera actividades social y económicamente relacionadas con el ejercicio de la sexualidad, como sucede con los y las trabajadoras/es sexuales. Como veremos más adelante, la prostitución es uno de los temas sensibles en la elaboración de un derecho democrático de la sexualidad.

Así concebido, un derecho de la sexualidad puede propiciar la protección jurídica y la promoción de la libertad y la diversidad, sin quedar fijado en identidades o conductas meramente toleradas o limitarse a la vulnerabilidad social femenina y sus manifestaciones sexuales. Es necesario invocar principios que, velando por el mayor ámbito de libertad posible, de igualdad y dignidad, creen un espacio libre de etiquetas de menosprecio a cuestiones relacionadas con la homosexualidad, la bisexualidad, transgénero o trabajadoras/es sexuales.

Por lo tanto, cuando se habla de una regulación jurídica de cierta esfera de la vida, como en este caso la sexualidad, es preciso averiguar el alcance que se quiere tener, o dicho de otro modo, el objeto de regulación. El derecho de la sexualidad en resumen, incluiría identidades, conductas, preferencias y orientaciones muy diversas, relacionadas con aquello que socialmente se establece, en cada momento histórico, como sexual (Weeks, 1986: 25).

Por último, el desarrollo del derecho de la sexualidad necesita también alentar una diversidad de perspectivas como elemento esencial para su elaboración. Así como en el derecho de la antidiscriminación, en donde la interseccionalidad de la discriminación (Grillo, 1995) no se reduce a la mera suma de situaciones discriminatorias (las mujeres negras sufren una especie de discriminación cualitativamente distinta del sexismo contra mujeres blancas o del racismo contra hombres negros, irreducible a una “suma de prejuicios”), un derecho democrático de la sexualidad debe ir más allá de un catálogo de identidades y prácticas sexuales. De hecho, estas no existen como entidades abstractas, sin raza, clase, color, etnia, etc.

¿Cómo estructurar un derecho de la sexualidad en estos términos?

2.3. Principios básicos: libertad, igualdad y dignidad

Establecido el ámbito de protección de derecho de la sexualidad, se necesita explicitar sus principios fundamentales. Libertad e igualdad, principios básicos de las declaraciones de derechos humanos y del constitucionalismo clásico, serían esos principios, cuya afirmación implica el reconocimiento de la dignidad de cada ser humano/a para orientarse, de manera libre y merecedor/a de igual respeto, en la esfera de su sexualidad. En consecuencia, un derecho democrático de la sexualidad rompe por principio con el tratamiento subordinado de las mujeres, homosexuales, seropositivos, percibidos en una visión tradicional más como objetos de regulación que como sujetos de derecho (Collier, 1995). Al adoptar esta perspectiva y poner demasiado énfasis en situaciones de vulnerabilidad, esta visión no se compatibiliza con la victimización, que es nutrida por la inferioridad y animada por la dramatización de la infelicidad (Rosanvallon, 1998: 64). La vulnerabilidad, a diferencia de la victimización, asume una perspectiva de igualdad y de dignidad, contextualizándolas en los escenarios de la injusticia, discriminación, opresión, explotación y violencia que asolan a innumerables identidades y prácticas sexuales subordinadas u otras condiciones asociadas a éstas, como la seropositividad con el VIH/SIDA (Parker, 2000:103; Diniz, 2001: 27).

Libertad e igualdad, desde esta perspectiva, son protecciones y garantías de dignidad que se traslapan, como argumentos de la “libertad pura”, “interferencia discriminatoria en la libertad” e “igualdad pura” (Wintemute, 1995: 185; Tribe e Dorf, 1990: 1094). Ejemplifico con la homosexualidad: el libre desarrollo de la personalidad y la privacidad sexual como “libertad pura”, la prohibición de la manifestación pública del afecto restringida solamente para ciertos grupos como “interferencia discriminatoria en la libertad”; y restricción a ciertos empleos públicos o privados como “igualdad pura”.

La libertad y la igualdad en este contexto, se desdoblán en innumerables derechos, manifestaciones más concretas de sus contenidos en la esfera de la sexualidad. Tal perspectiva, efectivamente, agrega a estos derechos el contenido jurídico suficiente para enfrentar una serie de situaciones que involucran relaciones individuales y sociales en donde la sexualidad y la reproducción humanas están presentes de manera significativa.

Esto depende de la comprensión jurídica, principalmente de aquella difundida en el sistema de justicia, en relación con las consecuencias jurídicas de muchos derechos humanos clásicos, a nivel de información sobre la vigencia y la eficacia jurídica de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al derecho nacional.

2.3.1. Libertad e igualdad como medios de defensa en el derecho de la sexualidad

Los derechos humanos de primera generación, reconocidos desde principios del constitucionalismo liberal (identificados como derechos negativos, de defensa contra intromisiones abusivas), incluyen libertades individuales cuya dimensión contemporánea alcanza diversas esferas constitutivas de la sexualidad. Contenidos jurídicos pertenecientes a las libertades clásicas, tales como el derecho a la privacidad o a la libertad de tránsito, pueden ser eficazmente concretizados de cara a fenómenos como la prostitución o el ejercicio de la autonomía reproductiva.

Toda la comprensión jurídica basada en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional con respecto a las dimensiones formales y materiales del principio de igualdad, a su vez, fortalecen directrices jurídicas sólidas de cara a la discriminación basada en el sexo o en la orientación sexual.

Diversas cuestiones relacionadas con la regulación de la transexualidad pueden encontrar sus directrices fundamentales en la conjugación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a la igualdad, este último concebido también como derecho a la diferencia. Esto sin hablar de una interpretación actualizada de la teoría general de los derechos de la personalidad, inicialmente desarrollada en el campo civilista de nuestra tradición jurídica.

Se trata pues, del reconocimiento y desarrollo del contenido jurídico de los principios básicos de los derechos humanos y de los diversos derechos constitucionales clásicos, tarea apta para constituir formas de convivencia diversas y renovadas; en las que la afirmación de la autonomía y la libertad en las esferas de la sexualidad y de la reproducción pueden concretizarse. Esto es ilustrado por ejemplo por las decisiones judiciales sobre prohibición de la discriminación por motivo de sexo u orientación sexual y también las recomendaciones emitidas por el Ministerio Público en programas de salud reproductiva.

El derecho a la libertad sexual; el derecho a la autonomía sexual, a la integridad sexual y a la seguridad del cuerpo sexual; el derecho a la privacidad sexual; el derecho al placer sexual; el derecho a la expresión sexual; el derecho a la asociación sexual; el derecho a decisiones reproductivas libres y responsables; el derecho a la información sexual. Estos son algunos de los

desdoblamiento más importantes de los principios de igualdad y de libertad que rigen el derecho de la sexualidad. La libertad, la privacidad, la autonomía y la seguridad, a su vez, son principios fundamentales que se conectan de manera directa con el derecho a la vida y con el derecho a no sufrir explotación sexual.

2.3.2. Libertad e igualdad como medios positivos de promoción del derecho de la sexualidad

Un derecho de la sexualidad en el debate contemporáneo sobre las dimensiones de los derechos humanos, avanza también la consideración de los derechos sociales y económicos, conocidos como derechos humanos de segunda generación y calificados en la doctrina constitucional como derechos positivos, derechos a prestaciones sociales, dedicados a la promoción de la libertad y la igualdad de hecho. La protección contra el despido arbitrario, el derecho a la seguridad social, el acceso al sistema de salud sin discriminación y de forma integral, al sistema público o privado de pensiones y jubilaciones, son todos ejemplos de esta concretización positiva de estos principios fundamentales.

De hecho, los derechos sociales que implican prestaciones sociales concretas, tales como el derecho a la salud, al bienestar y la asistencia social, abarcan una serie de situaciones relacionadas con el ejercicio de la sexualidad y de la reproducción. En su implementación a través de políticas públicas, la visión desde una perspectiva de derechos humanos ofrece bases para evitar el predominio de la medicalización o de la influencia del discurso religioso.

Sobre este punto, es importante señalar cómo el derecho brasileño ha desarrollado la protección jurídica contra la discriminación por orientación sexual a partir precisamente, de los derechos económicos y sociales. Al contrario de lo que se comúnmente se espera en cuanto a que los derechos civiles y políticos o libertades negativas se manifiesten más fácilmente (o menos difícilmente) a favor de las “sexualidades desviadas” (un ejemplo de esto es la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que afirmaron inicialmente la prohibición de la discriminación por orientación sexual en casos donde se discutía la penalización de la sodomía), el derecho brasileño ha evolucionado a partir de casos en los que la discriminación por orientación sexual implicó la negación del derecho a la salud y a los beneficios de la seguridad social. A partir de la jurisprudencia firmada en 1996, en relación con la inclusión de o la compañera/a del mismo sexo en el nivel federal de la salud, los tribunales federales y estatales han acogido cada vez más demandas que sancionan la discriminación por orientación sexual (incluso hace pocos meses, el propio Presidente del Tribunal Supremo Federal, en una decisión inicial lo confirmó preliminarmente, obligando a la Seguridad Social pública a no discriminar contra homosexuales en su régimen de beneficios).

2.4. Reconocimiento y distribución en el derecho de la sexualidad

Un derecho democrático de la sexualidad, basado en los principios de los derechos humanos y en los derechos constitucionales fundamentales, debe actuar simultáneamente en el

sentido del reconocimiento del igual respeto a diversas manifestaciones de la sexualidad y de igual acceso a todas las personas sin distinciones, a los bienes necesarios para la vida en sociedad. El reconocimiento y la distribución, en palabras de Nancy Fraser, son categorías fundamentales para la comprensión de los paradigmas de la justicia socio-económica y de la justicia cultural o simbólica (Fraser, 1997), ambos universos habitados por diversos derechos sexuales.

En la primera, la injusticia se relaciona con la estructura económica de la sociedad, que se preocupa por las situaciones de explotación (apropiación del trabajo ajeno en beneficio de otros), marginación (confinamiento a situaciones de baja remuneración e imposibilidad de mejoría de condiciones) y privación de condiciones de vida materialmente adecuadas. Todas estas circunstancias están relacionadas con la sexualidad de muchas maneras, tales como el sexismo en el mercado de trabajo, la violencia doméstica, las reacciones ante la violación, la negación de los derechos de provisión social a homosexuales, la prostitución, el acceso de los/as seropositivos/as al sistema de salud, etc.

La segunda perspectiva ubica la injusticia en relación con los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, ejemplificados por situaciones de dominación cultural (se sujetan a patrones de interpretación y comunicación propios de otra cultura, ajenos y hostiles a la cultura del grupo dominado), el no reconocimiento (prácticas culturales dominantes que vuelven invisible e irrelevante a cierto grupo social) y la falta de respeto (ser cotidianamente maltratado/a o menospreciado/a mediante estereotipos presentes en la cultura dominante y en las interacciones cotidianas).

De esta caracterización, se generan remedios apropiados para tales tipos de injusticia, cuya relación con cuestiones del derecho de la sexualidad es directa: la justicia económica, en cuanto al reclamo la distribución de los bienes materiales, apunta a esquemas igualitarios y universalistas; la justicia cultural o simbólica exige el reconocimiento de los grupos estigmatizados, en una dinámica diferenciadora y particularizante. De esta distinción, surge el dilema de la complementariedad entre el conocimiento y la distribución. Es un dilema porque en tanto la primera demanda tiende a producir diferenciación y particularidad, la segunda tiende a debilitarlos; en tanto las medidas redistributivas proponen esquemas universalistas e igualitarios, las políticas del reconocimiento tienden a condenarlos. Complementariedad, porque los remedios redistributivos generalmente presuponen una concepción subyacente del concepto de reconocimiento (por ejemplo, algunos proponentes de la redistribución socioeconómica igualitaria fundamentan sus reivindicaciones en “el igual valor de las personas”; de esta manera, consideran la redistribución económica como una expresión del reconocimiento), así como los remedios de reconocimiento algunas veces presuponen una concepción subyacente de redistribución (por ejemplo, algunos proponentes del reconocimiento de la multiculturalidad fundamentan sus reivindicaciones en los imperativos de una justa distribución de los ‘bienes primarios’ de una ‘estructura cultural intacta’); estos/as por lo tanto, consideran el reconocimiento cultural como una especie de redistribución (Fraser, 2003).

Este esquema explicativo es importante para la construcción del derecho de la sexualidad, dada la diversidad de situaciones que se enfrentan y la necesidad de su sistematización. La conjugación y el énfasis entre medidas de reconocimiento y de distribución dependerá de cada caso. Véase por ejemplo: para los gays y las lesbianas, un énfasis en el reconocimiento: en la educación sexual la necesidad contar con información y los recursos implica reforzar el acceso al conocimiento y a las técnicas anticonceptivas; la situación femenina, a su vez, parece ser una hipótesis bastante equilibrada, donde el reconocimiento y la distribución se equivalen. Según he dicho, no se trata de defender la exclusividad del reconocimiento o de la distribución, sino más bien de percibir la dinámica apropiada para cada situación, sin menospreciar ninguna de estas dimensiones necesarias.

2.5. Un estudio de caso: uniones homosexuales en el derecho a la sexualidad

El caso del reconocimiento jurídico a las uniones de personas del mismo sexo posibilita la reflexión sobre estas dos dimensiones y su dinámica.

Algunas personas defienden la necesidad del “matrimonio gay” por razones distributivas contradictorias con los derechos de reconocimiento. Una primera versión afirma que se trata de simplemente de regular algo que ya existe, que estaría inscrito en la biología, a pesar de ser minoritario. Otra versión, más radical, y por esto mismo más aceptable al sentido común, parte de la naturalización del modelo pequeño-burgués de familia heterosexual, procediendo a una “domesticación heterosexista” de todas las formas de sexualidad diferentes a este modelo. Al ser adaptadas al esquema general de tales reglas, las sexualidades alternativas serán toleradas.

Algo que tienen en común estas dos perspectivas es su preocupación con la distribución socioeconómica (ellos o ellas consumen, pagan impuestos, pueden incluso expresar afecto entre sí). Sin embargo estas perspectivas no hacen un reconocimiento a la igualdad y la libertad en la esfera de las relaciones más íntimas, particularmente en las situaciones o relaciones que son vistas como “minoritarias”. Debido a esto tienen una enorme dificultad frente a travestis, transgénero, sado-masoquistas, trabajadoras/es sexuales, libertad sexual, etc. Asimismo, éstas tienen muchas veces una valoración peyorativa de estas “sexualidades minoritarias”, ubicándolas no como fruto de la enfermedad o del pecado, sino de algún desarrollo incompleto, que merecen por lo tanto la compasión y la tolerancia, en tanto se esfuerzan por “comportarse bien”. En las dos versiones, por lo tanto, se pone un énfasis en la distribución, pero acaban debilitando también la demanda de reconocimiento. Al presuponer de forma consciente o no las existencias de normalidades estadísticas o de normalidades afectivo-comportamentales, tales versiones implican en la práctica la capitulación de la demanda por un igual respeto, simbólico y cultural.

Los proyectos de ley de formulación jurídica del derecho de familia basados en estas versiones, contradicen por lo tanto un derecho democrático de la sexualidad, basado en los derechos humanos y en los derechos constitucionales fundamentales.

Por otro lado, hay propuestas que compatibilizan o intentan romper esta tendencia. De manera general, el diseño jurídico de los llamados “acuerdos de solidaridad” pueden ser utilizados como ejemplo (el caso francés y el de la reciente ley de Buenos Aires). En efecto, se trata de legislación que establece, independientemente de la orientación sexual, que las parejas pueden decidir la dinámica de sus vidas afectivas y sexuales, proporcionándoles un instrumento por el que el valor de la unión es reconocido y respetado jurídicamente. Más allá de la ventaja de asegurar la protección y el reconocimiento estatal de las uniones, un pacto de solidaridad así definido evita la estigmatización generada por una “regulación de la excepción”, como ocurre con las propuestas brasileñas originales de unión civil, o de cierto modo, con la inclusión de las uniones homosexuales en la categoría de “uniones estables” del derecho brasileño, en la medida en que esta categoría, por más común que sea, es vista como un “matrimonio de segunda clase”, como se puede inferir fácilmente de la redacción de la Constitución brasileña de 1988.

Aunque he presentado de manera esquemática y simplificado el debate sobre las uniones homosexuales, éste permite contextualizar, a partir de las categorías de reconocimiento y distribución, los contenidos y las premisas presentes en el derecho de la sexualidad. De ahí se puede constatar la relevancia de estas categorías para el desarrollo de un derecho democrático de la sexualidad, ya sea el riesgo de adoptar alternativas equivocadas.

2.6. Minorías y derechos especiales en el derecho de la sexualidad

Esta lista de derechos sexuales puede ser vista como un desdoblamiento de derechos generales a la privacidad, la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, bases sobre las cuales se ha desarrollado la protección jurídica de la sexualidad de las llamadas “minorías”.

Este es un punto importante. Enfocado desde esta perspectiva, cuestiones que se tienen como específicas, minoritarias, que son vistas como excepciones casi intolerables pero admitidas, pierden esta connotación peyorativa. Contextualizadas de esta forma, las discusiones sobre los derechos de gays y lesbianas son la concretización de principios fundamentales y de derechos humanos de todas las personas (así como la discriminación por motivo de sexo, color o religión), no excepciones a minorías toleradas.

Este debate se presenta muy vivamente en la polémica entre “derechos iguales versus derechos especiales”. Los derechos especiales serían todas las previsiones que protegen de la discriminación, elaboradas por la legislación ordinaria y no previstas expresamente en la Constitución. Sin embargo, si consideramos la situación de privilegio de ciertos grupos (por ejemplo el privilegio blanco, masculino, cristiano y heterosexual) se revela la imposibilidad de la neutralidad sexual al aplicar la Constitución a situaciones concretas, pues en la vida en sociedad, hay grupos privilegiados y grupos oprimidos. Este dato indica el carácter conservador de ciertas formulaciones en torno a la idea de minorías, pues como he dicho, el debate de “derechos iguales versus derechos especiales” conduce al error de marcar peyorativamente ciertos derechos de protección contra la discriminación, como “derechos especiales”.

En esta perspectiva la utilización de las categorías “derechos especiales (no deseados) versus derechos iguales (deseados)” revela una manifestación del privilegio de ciertos grupos, y confunde la necesidad de concretar el principio general de igualdad, de acuerdo con las circunstancias históricas de cierta realidad (por ejemplo, la existencia del machismo y sus consecuencias para las mujeres en el mercado de trabajo), con una interpretación distorsionada del mismo.

2.7. Alcances del derecho de la sexualidad: la dicotomía público-privado

Para concluir esta parte, dedicada a la exposición de la estructura del derecho de la sexualidad (incluyendo los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales), es necesario resaltar los ámbitos en el que éste actúa. Este dato es fundamental para la efectividad del derecho de la sexualidad, en la medida en que muchas de las diversas manifestaciones de la sexualidad protegidas por éste, ocurren en el ámbito privado. En este sentido, se maneja con cuidado el proveer al derecho de la sexualidad de un alcance que, de manera general, es evitado por la doctrina tradicional de los derechos humanos.

En efecto, las formulaciones más tradicionales restringen la eficacia jurídica de los derechos humanos y de los derechos constitucionales, a violaciones cometidas por agentes del Estado, dejando al margen las violaciones cometidas por agentes privados. Para estos casos, se reserva la intervención jurídica a las normas del derecho penal o del derecho civil, aplicadas solamente en casos extremos y concebidas de manera muy condescendiente con las estructuras tradicionales de la familia y de las relaciones entre los género. En el caso grave de la violación, por ejemplo, se observa un abordaje exclusivamente de derecho penal, descontextualizado del paradigma de los derechos humanos. Enfoca más su preocupación en el castigo de un acto disfuncional grave para la vida de la sociedad, que en la priorización de la dignidad y la ciudadanía de la víctima (Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian, 1988: 205).

El derecho de la sexualidad no puede restringirse de este modo, so pena de volverse inocuo ante situaciones donde la opresión sexual es violenta y cotidiana. Esta es una de las principales lecciones del movimiento feminista para la elaboración de este derecho y además, para la discusión constitucional más general sobre la eficacia de los derechos fundamentales sobre los actores privados. Es preciso romper las fronteras establecidas, cuyos límites acaban consintiendo la violencia doméstica, la violación conyugal o la falta de respeto al desarrollo de la sexualidad de las/os adolescentes por parte de padres, madres y educadoras/es.

Desde el punto de vista de un derecho democrático de la sexualidad, la esfera privada especialmente la familiar, no puede convertirse en un refugio para el machismo o el heterosexismo, que implica la desvalorización cultural y económica, femenina, infantil, adolescente u homosexual. De hecho, estas desigualdades en el medio familiar inciden de manera decisiva y continua en la restricción de la autonomía y de la igualdad de oportunidades entre los sexos y entre padres, madres e hijos/as.

Asimismo, esta visión toma en cuenta de manera literal los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según el texto del Artículo 5º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el compromiso asumido por los Estados incluye la “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

Esta perspectiva de derechos humanos y de derechos constitucionales fundamentales, por lo tanto, necesita ir más allá de la barrera tradicional que evita su intervención en la esfera privada, posibilitando la superación de abordajes meramente paternalistas preocupados principalmente con la funcionalidad de la vida en sociedad. Este dato conduce a la consideración de las funciones de reconocimiento y distribución que serán desempeñadas por un derecho democrático de la sexualidad.

PARTE 3 - OBJECIONES A UN DERECHO DEMOCRÁTICO DE LA SEXUALIDAD

3.1. Introducción

La afirmación de un derecho de la sexualidad concebido en estos términos enfrenta principalmente tres grandes objeciones. La primera con respecto a la legitimidad democrática de jueces, juezas y legisladores/as para tomar decisiones y medidas de protección de la “sexualidad desviada” contrarias a la opinión pública mayoritaria, es decir, proveyendo de protección jurídica a prácticas e identidades sexuales socialmente estigmatizadas, garantizándoles de un espacio libre de discriminación. Una segunda objeción utiliza razones morales para oponerse al derecho de la sexualidad, al abogar por una determinada moralidad en relación con la relación entre los sexos y distorsiones que violan la moralidad. Una tercera objeción aduce razones médicas, según la cual ciertas identidades y conductas de la vida sexual no son más que desviaciones, degeneraciones o un subdesarrollo.

3.2. El argumento mayoritario

Una primera objeción está basada en un argumento de procedimiento. Como la mayoría de los individuos de determinada sociedad rechaza y estigmatiza ciertas identidades y prácticas sexuales, una decisión contraria a esto sería una usurpación del proceso democrático, un desprecio a la voluntad popular, y sería además un acto arbitrario por parte del órgano legislativo o judicial que así lo decida. Desde el punto de vista de los derechos humanos este argumento no prospera. Es refutado por una de las características fundamentales de los derechos humanos,

especialmente cuando han sido reconocidos en las Constituciones nacionales, que es su función de protección de individuos y grupos contra la violencia perpetrada por las mayorías.

De hecho, en la propia génesis de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del constitucionalismo se afirman ciertos derechos inviolables y garantizados inclusive contra las decisiones de la mayoría. En el caso de la sexualidad, las identidades y prácticas estigmatizadas, una vez sometidas a los principios básicos de igualdad y de libertad están protegidas contra las decisiones de mayoría, que pueden violar dichos principios. Además, en esta tradición de constitucionalismo y de los derechos humanos, esta es una condición para la vida democrática y la preservación de este núcleo fundamental, por lo que su afirmación no subvierte la vida democrática; al contrario, tal protección tal es exigida por la democracia, régimen que no se caracteriza solamente por el respeto a la voluntad de la mayoría, sino también por el respeto a las minorías.

3.3. El argumento moralista

Una segunda razón se basa en razones morales. Tales derechos simplemente no serían derechos, porque son contrarios a la moral; serían como dijera antes, distorsiones valorativas. Este argumento se aproxima al anterior, en la medida que asocia la dinámica mayoritaria de las mayorías en defensa de una moralidad también mayoritaria. La respuesta a tal objeción, desde una perspectiva que privilegia la libertad y la igualdad, viene de John Stuart Mill: la única moralidad que la democracia puede acoger es la moralidad crítica, en que los argumentos de gusto, tradición, de enojo y de sentimiento de rechazo de la mayoría, no pueden ser finales, so pena de que prevalezcan las amenazas del integrista, del fundamentalismo de las tradiciones, del autoritarismo, que provienen de aquellas personas que se consideran iluminadas.

En efecto, los criterios de (1) ausencia del daño relevante a terceros y (2) existencia del consentimiento libre y espontáneo, fortalecen las bases para que un pensamiento democrático responda a la objeción moral ante la libertad sexual. De esta manera, así como una persona religiosa debe aceptar la libertad de culto y la posibilidad del ateísmo, como la mejor forma de garantizar su vivencia religiosa, una persona moralmente conservadora puede admitir las garantías de libertad sexual, a fin de que el Estado, por medio de sus agentes, no tenga la posibilidad de interferir en el ejercicio de su moralidad.

La idea central que da sustento a estos criterios, es precisamente el respeto a la dignidad humana: las regulaciones son incompatibles con un igual respeto a todas las personas, ya que interfieren en las decisiones personales al considerar a los individuos incapaces de decidir por sí mismos/as (Nusbaum, 1999: 22).

El argumento moralista se expresa muchas veces de forma religiosa. De esta manera, un derecho democrático de la sexualidad implica refutar los discursos fundados en premisas religiosas, ya que el “reconocimiento jurídico” de los derechos sexuales y de los derechos

reproductivos en la tradición de los derechos humanos, ubica este debate en la arena más amplia de un Estado de derecho laico y democrático, en armonía con los ideales republicanos. Concebidos a partir de estos marcos fundamentales, los derechos sexuales pueden constituirse en espacios donde la sociedad civil y el Estado se mantienen autónomos ante las instituciones religiosas, preservando el pluralismo y el respeto a la diversidad.

3.4. El argumento biomédico

La tercera y última objeción se relaciona con el discurso médico, que patologiza las identidades y prácticas sexuales socialmente estigmatizadas. Más allá de que no existe un consenso y mucho menos un reconocimiento oficial en el medio científico, sobre el carácter patológico de muchas de las identidades y prácticas sexuales estigmatizadas, el desarrollo de un derecho de la sexualidad con fundamentos democráticos y atento a los derechos humanos, no podrá dejarse dirigir por postulados médicos o biológicos, cuyo papel como instrumento de control social y político ha sido puesto en evidencia hace mucho tiempo. Esta dimensión, más que constituir una obviedad, implica la “desmedicalización” del discurso y de las prácticas de respeto de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos, en un movimiento de democratización genuina de los temas relacionados con la sexualidad, especialmente en las políticas públicas.

En esta misma línea, una combinación que generalmente agrega al argumento médico contenidos moralistas, alerta sobre el peligro de que menores de edad estén expuestos/as a ambientes de libertad e igualdad sexual. Sin profundizar en la valoración negativa que está implícita en esta objeción, ni en los males que causa a la gente joven esta posición (Levine, 2002), una preocupación con la “contaminación de la gente joven” resalta los beneficios y los riesgos de la experiencia democrática. La convivencia con protestantes, judíos y musulmanes puede parecer riesgosa para las familias católicas tradicionales, en la medida en que ese contacto puede implicar la conversión de sus hijos/as; sin embargo, abolir tal posibilidad implicaría la supresión de la dignidad humana de cada quien. Las personas quedarían incapacitadas para reconocer el valor de la alteridad, como también de elegir por sí mismas sus propias convicciones y prácticas religiosas.

PARTE 4 - ALGUNOS TEMAS SENSIBLES EN EL DERECHO DE LA SEXUALIDAD

Entre varios temas particularmente sensibles en el derecho de la sexualidad, destacaré tres: su relación con los derechos reproductivos, la prostitución y la pornografía.

4.1. Relación con los derechos reproductivos

Como se vio en la primera parte de este texto, la idea de los derechos sexuales está íntimamente relacionada con la afirmación de los derechos reproductivos. Por lo tanto, es necesario fortalecer el derecho de la sexualidad, haciéndolo ir más allá de la esfera reproductiva, sin olvidar que las violaciones a los derechos sexuales frecuentemente ocurren en situaciones que

involucran a la reproducción o que tienen como víctimas a mujeres en condiciones de vulnerabilidad. De esta manera, como el derecho de la sexualidad no puede reducirse a un derecho de la reproducción (pues dejaría fuera incluso las prácticas heterosexuales no procreativas) este no debe restringirse a un derecho de la sexualidad no reproductiva. Este punto es todavía más importante ante el desafío que implica el desarrollo de un derecho de la sexualidad de cara al enfrentamiento con el machismo predominante en las relaciones de género, el moralismo y las ideologías religiosas hegemónicas.

4.2. Prostitución

La prostitución es otro tema difícil, pues desafía la consideración de la libertad de empleo del propio cuerpo en actividades económicas, relacionada con el ejercicio de la autonomía sexual, con una historia de daños innegables (principalmente a las mujeres) producidos por la explotación sexual, que actúa en un contexto en donde el consentimiento es muchas veces, en la práctica, inexistente, dado el empleo de amenazas y de violencia en situaciones de absoluta necesidad. En este campo, la legislación internacional de derechos humanos enfatiza de forma clara, la intolerancia a la explotación sexual en todas sus actividades preparatorias y relacionadas, como la capacitación, el transporte, el hospedaje, el pago y el tráfico de mujeres, todos con miras a la explotación de la prostitución.

Desde un punto de vista de un derecho de la sexualidad sustentado en los principios de libertad e igualdad, la prostitución llama a combatir situaciones de vulnerabilidad femenina, ya sea cultural o económica. Esto presupone la mejoría de las condiciones sociales, propiciando a todas las personas un conjunto mayor de oportunidades - situación en la que la designación “profesionales del sexo” adquiere su sentido más preciso. Entre las discusiones recurrentes en esta área, surgen la criminalización o no de la prostitución y la legitimidad de exámenes de salud obligatorios. Estos temas, que involucran un debate entre prohibicionistas, reglamentaristas y abolicionistas (Carrara, 1996), encontró como solución la no criminalización y la no reglamentación, conforme a la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena - directriz que se suma a la preocupación con la mejoría de las condiciones sociales, principalmente de las mujeres pobres, situación que al parecer la criminalización tan solo empeora.

Otro aspecto digno de mencionarse en la elaboración de un derecho de la sexualidad sobre las bases propuestas, es la prostitución masculina. Esta resalta, más de una vez, la necesidad de construir un derecho de la sexualidad a partir de una perspectiva más amplia, que considere las situaciones de hombres y mujeres. El tratamiento de la prostitución en la práctica jurídica brasileña es ilustrativo. En el Brasil, la prostitución en sí misma, no es un crimen, solamente la explotación de la prostitución lo es (el llamado padrote). Sin embargo, cuando se trata de la prostitución masculina, a diferencia de lo comúnmente ocurre en relación con la femenina, la policía y el sistema de justicia la incluyen de manera jurídicamente incorrecta, en el delito de holgazanería. En la práctica esto redundará en una estigmatización aún mayor, de trabajadores sexuales masculinos y travestis.

4.3. Pornografía

La pornografía es otra área sensible en la elaboración de un derecho de la sexualidad. Esta actividad presenta posibles daños causados a terceros y a las personas involucradas, tales como la “objetivización femenina” o reforzamiento del machismo, con todos los efectos colaterales que estimulan la violencia y la falta de respeto ahí producidos. Sin embargo, su prohibición generalizada sin más criterios precisos con relación a qué tipo de manifestación (literaria, cinematográfica, etc.), debe ser considerada como dañina, pues puede causar restricciones indeseables a la libertad de expresión, principalmente artística.

En efecto, de la correcta y necesaria condena a la violencia y la humillación que producen ciertas manifestaciones pornográficas, no se puede sin embargo deducir que toda la pornografía opera de esa manera. Esta realidad apunta a la necesidad de análisis caso por caso, dado el contexto en que cada manifestación particular de la pornografía se presente, prohibiéndose solamente aquellas capaces de provocar efectivamente tal tipo de daños. Se trata en este punto, de insertar el debate sobre la pornografía en un contexto más general sobre el contenido de los límites de la libertad de expresión, que aunque no es absoluto, admite restricciones en determinados casos, en donde la presencia efectiva de daños relevantes está patente (Nusbaum, 1999: 249).

CONCLUSIÓN

Libertad, igualdad y dignidad son los principios estructurantes, derivados de la idea de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales, para la construcción de un derecho democrático de la sexualidad. En este artículo, con base en estos principios constitucionales, procuro sistematizar algunos de los debates más importantes para la elaboración de esta área del conocimiento y de la práctica jurídica.

Para concluir esta tarea, hay mucho por hacer, valorar, criticar y ampliar. A partir de este esfuerzo por lo menos queda una certeza: la importancia de este desarrollo, dadas las necesidades, presentes y futuras, que la construcción de la democracia exige ante la diversidad sexual presente en nuestras sociedades y los desafíos que de ésta se derivan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALHOUN, Cheshire. ‘Denaturalizing and desexualizing lesbian and gay identity’, *Virginia Law Review*, out., 1993.

CARRARA, Sérgio. 'A Luta Antivenérea no Brasil e seus Modelos.' In: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina Maria (orgs.). *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ ABIA/IMS/UERJ, 1996.

COLLIER, Richard. *Masculinity, Law and Family*, Londres: Routledge, 1995

DINIZ, Débora. 'A vulnerabilidade na bioética' in *Bioética: Ensaio*, org. Sérgio Ibiapina F. Costa e Débora Diniz, Brasília: S.I.F. Costa, D. Diniz, 2001.

FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition*, New York: Routledge, 1997

_____. 'Social Justice in Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation', www.wissensgesellschaft.org-themen-orientierung-socialjustice.pdf, disponível em 08-02-2003

GRILLO, Trina. 'Anti-essentialism and intersectionality: tools to dismantle the master's house', *Berkeley Women's Law Journal*, 1995.

LEVINE, Judith. *Harmful to Minors: the perils of protecting children from sex*. University of Minnesota Press, 2002.

NUSSBAUM, Martha. *Sex and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1999.

PARKER, Richard. *Na contramão da AIDS - sexualidade, intervenção, política*, Rio de Janeiro: ABIA: Editora 34, 2000

PIMENTEL, Silvia; SCHRZITZMEYER, Ana Lúcia e PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou 'cortesia' - abordagem sociojurídica de gênero*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. *A Nova Questão Social: repensando o Estado Providência*, trad. Sérgio Barth, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998

TAYLOR, Wilson. "The discursive construction and regulation of dissident sexualities - The case of SM" in *Body Talk - the material and discursive regulation of sexuality, madness and reproduction*, p. 106-130, org. Jane M. Ussher, New York: Routledge, 1997.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. 'Levels of Generality in the definition of rights', *University of Chicago Law Review*, outono, 1990.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. London: Tavistock Publications, 1986.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford: Clarendon Press, 1995