

## COMENTARIO

# Sonido y furia: el compromiso con las políticas y leyes sobre los derechos sexuales

Alice M. Miller <sup>a</sup>, Sofia Gruskin <sup>b</sup>, Jane Cottingham <sup>c</sup>, Eszter Kismödi <sup>d</sup>

- a Directora Adjunta, Global Health Justice Partnership de la Facultad de Derecho de Yale y la Facultad de Salud Pública, Universidad de Yale, New Haven, CT, EE.UU. Correspondencia: [alice.miller@yale.edu](mailto:alice.miller@yale.edu)
- b Catedrática de Medicina Preventiva, Facultad de Medicina de Keck; Catedrática de Derecho y Medicina Preventiva, Facultad de Derecho de Gould; Directora del Programa de Salud Global y Derechos Humanos, Instituto de Salud Global, Universidad de California del Sur (USC), Los Ángeles, CA, EE.UU.
- c Consultora Independiente, Ginebra, Suiza
- d Abogada Internacional en Derechos Humanos sobre Sexualidad, Género, Salud y Derechos Humanos Sexuales y Reproductivos y Derechos Humanos, Catedrática Visitante, Global Health Justice Partnership de la Facultad de Derecho de Yale y la Facultad de Salud Pública, Universidad de Yale, New Haven, CT, EE.UU.

**Resumen:** *Aunque en el pasado la resistencia a los derechos sexuales en los debates mundiales se basaba a menudo en afirmaciones relacionadas con la cultura, nación y religión, las voces de oposición ahora utilizan, y no rechazan, el marco de derechos humanos internacionales. Este comentario argumenta que, pese a los intentos de los oponentes por anular los derechos sexuales con otras afirmaciones de derechos, un cuidadoso entendimiento de los principios de los derechos humanos internacionales y su desarrollo jurídico expone cómo el uso de los derechos para oponerse a los derechos sexuales debería fallar y en última instancia fallará. El comentario examina de manera resumida tres tipos de afirmaciones de "derechos" hechas por oponentes de los derechos sexuales: limitar los derechos para proteger los derechos, base textual y universalidad, y las justificativas y el impacto de su aplicación para contrarrestar los derechos sexuales. Dado que la sexualidad y reproducción coinciden y divergen en la oposición que enfrentan, esta lucha es de suma importancia y atañe a los campos de promoción y defensa, programas y políticas. Este comentario se basa en el entendimiento de que la oposición a los derechos de salud sexual y reproductiva utiliza argumentos comunes acerca de los principios de derechos que deben ser entendidos para poder ser contrarrestados.*

© 2016 edición en español, 2015 edición en inglés, Reproductive Health Matters.

**Palabras clave:** derechos sexuales, métodos y políticas de desarrollo legal, universalidad, derechos en conflicto, cómo legitimar los derechos sexuales.

## Introducción

Quienes usan los derechos humanos internacionales para apoyar programas y políticas que aumentan el disfrute de la salud y los derechos sexuales se encuentran ante nuevos desafíos. Si bien el uso de los derechos humanos para apoyar el trabajo sobre la sexualidad y

salud sexual a menudo ha sido atacado como una afrenta a la moralidad o a la cultura, lo novedoso, y que vale la pena subrayar, es la *forma* en que los ataques a los derechos sexuales han cambiado. Mientras que algunos ataques a los derechos sexuales continúan movilizando demandas de "tradición", "moral", "religión" o "cultura" para resistir las obliga-

ciones legales<sup>1,2,3</sup>, la oposición a los derechos sexuales ahora combina esos argumentos con el lenguaje de los derechos. Tal como lo examinamos a continuación, esto significa que los ataques ya no rechazan los derechos humanos sino que, por el contrario, utilizan el lenguaje y los principios de derechos, incluyendo la atención a la interpretación de los tratados, el universalismo y la necesidad de limitar algunos derechos para proteger otros. Este comentario pretende analizar el nuevo estilo y contenido de los recientes ataques contra los derechos sexuales y bosquejar las bases de los derechos para refutar tales ataques. Los defensores de los derechos sexuales pueden combatir los cuestionamientos que se hacen a los derechos, usando las normas de los derechos humanos, pero al hacerlo deben tener presente que estamos participando en el proceso continuo de impugnar los derechos relacionados con la sexualidad. En apoyo a este esfuerzo y acompañando este comentario, en este volumen va incluida una guía para los órganos de normas y principios que rigen el desarrollo de los derechos humanos en general y la aplicación de estos a la sexualidad y a la salud sexual en particular.

\* Utilizamos tres términos –cultura, tradición y moral– para cubrir varios fundamentos. Históricamente y regionalmente las distintas manifestaciones de casi todas las religiones, ya sea que surjan del cristianismo, islam, hinduismo, judaísmo, budismo u otras religiones, han sido movilizadas por poderosos actores en los contextos políticos, a fin de regular el comportamiento sexual o la capacidad reproductiva. Durante los últimos veinticinco a treinta años, los académicos de *Reproductive Health Matters* y otros, han detallado una intensificación específica y una forma muy distinta de oposición a los nuevos paradigmas de “salud y derechos sexuales y reproductivos”, que se remontan al “enfoque globalizado” sobre este tema desarrollado durante la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993), la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995). Para un análisis completo de algunos de los puntos comunes de la oposición a los derechos sexuales, tal como los presentan un conjunto de alegatos religiosos designados como “fundamentalismos”, véase: Freedman, Lynn P. *The Challenge of Fundamentalisms*. *Reproductive Health Matters* Volumen 4, Edición 8, 55–69.

## Resistencia a los derechos sexuales

Hay múltiples orientaciones y formas de resistencia a los derechos sexuales. La resistencia tiene un amplio alcance que se explica por el hecho de que el contenido de los derechos sexuales se expande e intersecta estrechamente con los derechos reproductivos. La marcación constante de los “derechos sexuales” y de la “salud y derechos sexuales y reproductivos” como puntos de controversia nos estimula a enunciar que el alcance de los “derechos sexuales” está vinculado al de los derechos reproductivos, pero que también hay diferencias entre ellos. Nos hemos resistido a trazar una línea arbitraria entre ambos conjuntos de derechos por motivos doctrinarios, normativos, contextuales y políticos. Algunos pensarán que esta resistencia es irónica, teniendo en cuenta que una de las autoras (Miller) elaboró un manifiesto hace casi una década, sobre la necesidad de identificar qué derechos eran “sexuales pero no reproductivos”. Pero cuando Miller hizo hincapié en los derechos sexuales que no eran reproductivos no era su intención separar la sexualidad de la reproducción para que se formen dos esferas distintas de derechos sino, más bien, dejar en claro que la sexualidad y sus diversas formas y significados necesitan atenderse de manera específica, incluso en su vinculación con la reproducción. Al iniciarse el nuevo milenio, esto no sucedía con regularidad: muchos debates sobre sexualidad la incluían dentro de la reproducción, en tanto que otros trataban los derechos sexuales como si solo se relacionaran con conductas sexuales entre personas del mismo sexo y así nunca se vinculaban con la reproducción<sup>1</sup>. Entendemos que los derechos sexuales incluyen el derecho a no ser discriminado por una práctica u orientación sexual, pero también cómo se han aplicado los derechos humanos con respecto al acceso de las personas a la anticoncepción y al aborto, y para determinar si la conducta sexual conduce a la reproducción y cuándo.

Nosotros sostenemos abiertamente que los derechos sexuales son derechos que permiten que las personas decidan cuánto importa su sexualidad y actúen basadas en esa determinación. Por ejemplo, los derechos relacionados con el aborto son derechos que se hallan dentro del ámbito de los derechos sexuales en

la medida en que son parte de un universo de servicios, entre los que se encuentran los servicios anticonceptivos y que permite separar la conducta sexual heterosexual de la reproducción. Existen algunos derechos reproductivos como, por ejemplo, los derechos relativos a la maternidad y parto saludables que están menos vinculados con la sexualidad, y estos no se incluyen en los derechos sexuales tal como son discutidos en este comentario. Hay, por supuesto, aspectos de la salud materna que están relacionados con la sexualidad que sí serían incluidos; por ejemplo, cuando las mujeres identificadas como lesbianas sufren discriminación o son excluidas del acceso a los servicios de salud reproductiva; estas serían las técnicas de reproducción artificial o los servicios relacionados con la salud materna, debido a que estas mujeres viven al margen de las normas (matrimoniales) aceptables. En ese mismo sentido, se encuentran los aspectos no biológicos de la reproducción, como la adopción, que se vinculan claramente con los derechos relacionados con el género, la orientación sexual y la expresión de género. Estos ejemplos nos recuerdan que los derechos relacionados con la sexualidad y la reproducción están entrelazados y que la rigidez en atribuirle derechos a una categoría o a otra, no es productiva.

En el pasado, y aún hoy, en muchos contextos aún persisten los ataques a los derechos sexuales —al margen de cómo estuvieran formalmente categorizados— que se expresaban y a menudo se siguen expresando, en el lenguaje de la moral y la cultura. De este modo, el lenguaje de los derechos humanos se pronuncia como irrelevante o es denunciado directamente como la introducción de un enfoque nuevo y pernicioso para las relaciones de género, especialmente a las culturas y tradiciones de diversas sociedades. Ante tales ataques los defensores de la salud y derechos sexuales, han enfocado sus demandas en cómo operan los derechos, en otras palabras, ellos demuestran cómo los derechos humanos, tales como el derecho a ser libre de torturas o tratos inhumanos y degradantes, pueden y deben aplicarse para garantizar la protección contra la violencia sexual <sup>2</sup>. El reunir de esta manera los argumentos de salud y de derechos, se basó en la aplicación de los principios aceptados de los derechos humanos a nuevos hechos como, por

ejemplo, la aplicación del derecho a la información y a la no discriminación para garantizar las condiciones materiales y culturales necesarias para que las personas expresen su identidad sexual y de género o determinen su vida reproductiva. Si bien aún no se ha logrado plenamente, la novedosa aplicación de los argumentos sobre derechos a la salud sexual y reproductiva fue aceptada en el sistema internacional, como parte de la evolución de los derechos humanos <sup>3</sup>. En ese momento, sin embargo, los opositores a los derechos sexuales no empleaban los argumentos de los derechos humanos para impugnar estos avances. Los derechos sexuales eran denunciados en función del daño que causaban a culturas locales diversas o apelando a posturas bíblicas que justifican la negación de la toma de decisiones sexuales, como lo demostraron las reservas de la Santa Sede respecto a la adopción de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres.

Actualmente, sin embargo, los actores que solían basarse solo en textos religiosos o quejas en defensa de la moral o las costumbres, también están utilizando el lenguaje y los métodos de los derechos humanos para oponerse a que se apliquen los derechos a la sexualidad. Aunque sus demandas de “derechos humanos” con frecuencia se basan también en argumentos morales y religiosos, y en una engañosa mezcla de tergiversaciones con afirmaciones sobre los principios fundamentales internacionales de los derechos humanos, esta nueva postura de los opositores a los derechos sexuales plantea desafíos concretos para los defensores de los derechos sexuales y reproductivos <sup>5</sup>.

En muchos sentidos, la pugna sobre si los “derechos sexuales son derechos humanos” ha sido una táctica disuasiva: nadie duda de que existan los “derechos a un juicio justo” solo porque estas palabras no aparezcan como texto único de un artículo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ni en otro tratado que los proclame explícitamente <sup>6</sup>. Todos están de acuerdo en que dichos derechos se han forjado a partir de las protecciones ofrecidas, reuniendo una serie de derechos diferentes y relacionados. Así, el término “derechos sexuales” es una condensación conveniente que abarca los numerosos derechos existentes que se pueden encontrar

en una amplia gama de tratados, y que han sido aplicados por los órganos autorizados de derechos humanos a nivel internacional, regional y nacional para garantizar las protecciones relacionadas con la sexualidad como un aspecto de la persona humana y de la salud sexual. La gama de derechos que se ha aplicado incluyen los derechos al más alto nivel alcanzable de salud, de seguridad personal, de información y de expresión, de estar libre de tortura, trato cruel, inhumano y degradante, así como de asociación, de vida, de intimidad y de no discriminación<sup>7-12</sup>.

Sin embargo, el concepto clave –la sexualidad como un aspecto de la persona digno de derechos– es precisamente lo que los opositores al término de “derechos sexuales” procuran impedir. Muchos de estos comprenden que otorgarle toda la gama de derechos humanos a la sexualidad implica una amenaza contra las nociones naturalizadas de esta.

Si en la práctica los derechos se tratan de garantizar que las distintas personas tengan las capacidades significativas para tomar decisiones acerca de sus propios cuerpos y de sus vidas ( “soberanía individual” como Petchesky escribió alguna vez)<sup>13</sup>, lo que incluye las decisiones acerca de si los actos sexuales conducen a la reproducción o con quién tener intimidad sexual, y también si deben garantizar que existan las condiciones institucionales y materiales para ejercer esa “soberanía individual” en ambientes públicos y privados– entonces, no se puede prescribir una forma de sexualidad única. Es más, si se tiene un concepto de toma de decisiones sexuales, no se puede argumentar que la sexualidad brota directamente del cuerpo –de una construcción binaria héteronormativa de ser “hombre” o “mujer”– y que fue creada por una deidad o por la naturaleza con un solo propósito: la procreación. Es importante anotar que la versión de los derechos sexuales que estos opositores tratan de detener no es solo acerca de la toma de decisiones sexuales como un artificio de los derechos liberales. La sexualidad y los derechos humanos conexos están sujetos al debate público y privado, así como a significados cambiantes, desafíos de regulaciones existentes y a comprometerse con sistemas más amplios de protección legal y social. En este contexto, es prioritario para las demandas políticas

que exista una mayor equidad en el acceso a los recursos, así como igualdad para todas las personas como parte de un movimiento por la justicia mundial.

### Confusión de términos

Esta argumentación precaria en torno a los derechos sexuales se ha hecho evidente hace poco en la forma notoriamente ambigua en que el gobierno de los EE.UU. ha adoptado los derechos sexuales. En una declaración política formulada ante la Junta Ejecutiva de ONU Mujer en setiembre de 2015, Estados Unidos manifestó que empezaría a utilizar el término de “derechos sexuales” (junto con la frase “la salud y los derechos sexuales y reproductivos”) en todos los debates sobre derechos humanos y desarrollo. Esta declaración fue anunciada por algunos defensores como un paso adelante<sup>14</sup>. En su explicación, manifiestamente extraída del párrafo 96 de la Plataforma de Acción aprobada en la Conferencia de la Mujer de 1995 en Beijing, la declaración de los EE.UU. sostuvo que entendía que los derechos sexuales incluían “todos los derechos de las personas a controlar y decidir en forma libre y responsable los asuntos relacionados con su sexualidad...”. Sin embargo, al plantearlo de esta manera dio la rara impresión de querer reducir el alcance de esta declaración pues al señalar que los términos derechos sexuales y derecho a la salud sexual y reproductiva “expresan derechos que no son jurídicamente vinculantes. Los derechos sexuales no son derechos humanos y no están consagrados en el derecho internacional sobre los derechos humanos...”<sup>15</sup>.

Por lo tanto, esta declaración, si bien puede ser útil para demostrar que los derechos sexuales se pueden emplear como una frase de política integral en contextos mundiales es una especie de movida de “un paso adelante y dos al costado”: si EE.UU. hubiera declarado simplemente que los derechos sexuales abarcan una constelación de derechos, algunos de los cuales ya tienen carácter vinculante y otros aún están en el nivel de derecho indicativo (no vinculante), pero que todos son parte de la visión de los derechos humanos, la declaración hubiera permitido la coexistencia de la política con las leyes sobre derechos humanos.

Vale la pena detenernos un momento para tomar nota rápidamente de cuál es la razón para que un Estado poderoso pueda usar una declaración sobre derechos sexuales y simultáneamente retroceder con respecto a esta. Las dinámicas son locales y globales, y están arraigadas tanto en la ley como en la política; todas características de una lucha general sobre los derechos sexuales. La oposición del gobierno de los EE.UU. a reconocer los derechos sexuales como “vinculantes” se origina, en nuestra opinión, en el hecho de que los derechos sexuales están atrapados entre las dos cuchillas de la tijera conservadora de los EE.UU.: cada cuchilla tiene distintas raíces históricas. De un lado, está el terco legado de las limitaciones a los derechos impuestos por la Constitución de los EE.UU. y la Guerra Fría, de modo que solo los derechos legales y políticos fueran legalmente vinculantes, y que los derechos a la salud y otros derechos sociales importantes para la salud sexual y reproductiva fueran “programáticos”. De otro lado, aún persiste una gran deferencia para con los legisladores del país opuestos al aborto, quienes controlan los hilos del dinero y las palancas políticas de la política de salud reproductiva de los EE.UU. en el extranjero. El resultado de este doble corte es una declaración política casi tan ininteligible como la ley, aun cuando pueda resultar útil para posicionar a los EE.UU. como un Estado que apoya por décadas la promoción y defensa para validar el uso de los derechos humanos en el trabajo de la sexualidad y la salud sexual y reproductiva.

### **El giro de los opositores a los derechos sexuales hacia la norma de los derechos humanos**

Aquí queremos poner énfasis en tres de los diferentes estilos de ataque de los opositores a los derechos sexuales: (a) textualidad, la demanda de que solo se puede exigir como derecho lo que se encuentra explícitamente escrito en los tratados; (b) las demandas de derechos compensatorios; (c) el esfuerzo de revisar la forma en que se entiende el término “universal” como un aspecto de los derechos humanos. Otros escritores han hecho hincapié en otros argumentos elaborados por grupos religiosos para limitar los derechos sexuales (tales

como ubicar la sexualidad solamente dentro del contexto del matrimonio y de la familia, por ejemplo)<sup>6</sup>.

Cuando examinamos cómo se utilizan las demandas por los derechos para limitar los derechos sexuales, enfatizamos que el camino a seguir es afirmar que los derechos humanos no son monolíticos ni inalterables. Más bien, resaltamos dos ideas básicas. Primero, que la ley sobre los derechos humanos, como toda ley, está diseñada para que vaya evolucionando con la práctica. Son pocos los lugares, si acaso hay alguno, donde el derecho internacional de los derechos humanos no esté sujeto a interpretación. Discutir la aplicación y el significado de los derechos es parte del proceso democrático de darles un significado global a los derechos. Segundo, este cuestionamiento no es un llamado a una batalla campal: hay reglas y principios que guían el complicado orden de la interpretación de los derechos humanos. Podemos admitir impugnaciones, aun cuando tengamos que “llamarles la atención” a algunos jugadores. Los argumentos contra la diversidad sexual o contra el acceso a la anticoncepción y al aborto, por ejemplo, se pueden enfrentar señalando cuáles son los principios de derechos humanos (como la no discriminación, o los derechos en evolución del niño) que los opositores a los derechos sexuales están ignorando.

### **“Textualidad”**

Los opositores a los derechos sexuales afirman que el texto explícito (la “textualidad”) es lo único que determina la validez de los derechos. Los Artículos de San José de 2011, cuya autoría estuvo a cargo de un grupo de alto nivel de conservadores anti-aborto pretenden “restablecer” en forma autoritaria el contenido del derecho internacional de cara al aborto<sup>16</sup>. Los autores afirman que no existe el “derecho al aborto” porque en ningún lugar figuran las palabras específicas “derecho al aborto” en un tratado internacional, y los autores exigen que los órganos creados por los tratados no tengan la facultad de interpretarlos para crear nuevas obligaciones. Este es un claro ejemplo de que hay un movimiento dirigido a frenar la evolución de los derechos sexuales, lo cual es particularmente sorprendente dada su in-

exactitud respecto al ejercicio actual del derecho de los tratados. Alegar que el “texto” es el único determinante queda descalificado porque existe toda una rama sobre tratados en el derecho internacional condicionada a la interpretación –la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>17</sup>. Es más, las disposiciones de los tratados de derechos humanos se han formulado, en general, de forma amplia para señalar conceptos fundamentales. El disfrute del derecho siempre está sujeto a la aplicación y a detalles que evolucionan. Nadie cuestionaría, por ejemplo, que el derecho a la intimidad también se aplique al uso de datos en Internet y a la vigilancia informática. Los términos de los derechos en la propuesta del PIDCP de 1966, no menciona en absoluto al Internet y, sin embargo, el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión e Información publicó, recientemente, un informe sobre la interrelación de la información y la intimidad en la Internet. Aunque parte del contenido de sus normas propuestas fue impugnada, ningún Estado rechazó la idea de que los derechos a la intimidad y a la información son pertinentes para el mundo digital<sup>18</sup>.

A pesar de esta clara práctica general de la evolución en la aplicación de los derechos humanos, los Artículos de San José recargan sus argumentos con fuertes demandas respecto al texto de los tratados y se basan especialmente en alegatos relativos al poder de los Estados contra la de los órganos de los tratados. Lamentablemente, debido a su “autoritarismo” omiten o ignoran los últimos veinticinco años de jurisprudencia y con ellos los textos académicos y prácticas de los Estados que han reconocido la autoridad de los órganos de los tratados de la ONU para dar orientación sobre el significado de los artículos pertinentes, así como el poder explícito de algunos órganos de los tratados –como ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, para guiar el desarrollo de la legislación sobre derechos a lo largo del tiempo<sup>19</sup>. El ejemplo de los Artículos de San José es revelador: su trayectoria se ha visto muy mermada por las claras refutaciones a su postura en las declaraciones y documentos regionales e internacionales aprobados en el proceso del CIPD + 20, particularmente en la Declaración de Montevideo<sup>20</sup>.

Por consiguiente, si bien es cierto que las palabras “derechos sexuales”, o la garantía específica de tener acceso al aborto o a la no discriminación por motivos de orientación sexual no están escritas en ningún texto de ningún tratado de las Naciones Unidas, la ausencia de lenguaje explícito no le pone fin a la historia: como se observa aquí y en otros textos (la guía), los derechos sexuales, incluyendo aquellos relacionados con el aborto, se vienen estableciendo de acuerdo con las normas prescritas de los derechos humanos.

En general, las normas de desarrollo para los derechos humanos en el ámbito internacional se rigen por las reglas de todo derecho internacional. Llama la atención, sin embargo, que cada vez hay más apoyo de expertos en derecho internacional que sustentan que, como la legislación sobre derechos humanos afecta los derechos y las vidas de las personas que están bajo el control del Estado, hay diferencias fundamentales en cuanto a la forma en que puede evolucionar el contenido de la legislación sobre estos con respecto al derecho internacional en general. Esta diferencia está a favor de que se aumenten las protecciones para los derechos humanos.

Es más, para aquellos que aseveran que el Estado sigue siendo el árbitro en última instancia sobre la evolución del tratado, en la práctica hay suficiente cumplimiento del Estado al acatar estas normas internacionales como para dejar en claro que se les está dando fuerza de ley a las interpretaciones “extra-textuales” de los comités de los tratados. Es importante destacar que, para aquellos que trabajan estrechamente con los Estados, notamos que muchos de estos se refieren no solo a las obligaciones de los tratados como su razón para el cambio en la legislación nacional, sino que se refieren a los acuerdos internacionales de especializados y a normas negociadas políticamente, lo que significa que los Estados consideran que dichas normas tienen la suficiente autoridad para realizar tales cambios. El reciente dictamen del Tribunal Constitucional de la India –al aceptar un “tercer género” que hace referencia a una mezcla de tratados internacionales y de declaraciones especializadas– es un ejemplo que vale la pena tener en cuenta<sup>21</sup>.

En lo que atañe a la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual,

en la actualidad existe un tratado negociado: – la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, de 2013 que incluye las palabras “orientación sexual” e “identidad de género” en su texto, además de diversas constituciones y leyes nacionales, que ya contienen mecanismos de protección para estos casos<sup>22</sup>. Es evidente que la evolución de la doctrina del derecho, en relación con la sexualidad es irrefutable y el argumento de la textualidad no es suficiente para convertirse en materia de doctrina internacional.

### **Demanda de derechos compensatorios**

Otro esfuerzo de los opositores a los derechos sexuales se aprecia en sus afanes por hacer valer sus demandas de derechos compensatorios, tales como la “condición humana del feto” en el contexto del derecho a la vida o a derechos religiosos en el contexto del derecho a la expresión y a la libertad de pensamiento. Esta táctica puede adoptar distintas formas. Por ejemplo, actualmente hay algunas leyes nacionales y dictámenes de los tribunales constitucionales que hacen valer el derecho de las personas a su expresión religiosa y la conciencia religiosa de aquellos que le niegan un trato igualitario a las parejas homosexuales en servicios públicos, o se niegan a brindarles servicios a las niñas y a las mujeres que tratan de controlar y limitar su fertilidad<sup>23</sup>.

Es muy cierto que algunos derechos, tales como el de estar libre de tortura o esclavitud, por ejemplo, son absolutos, y que otros derechos como el derecho a la intimidad, a la expresión y a la asociación pueden ser restringidos en ciertas circunstancias. Sin embargo, las reglas bajo las cuales tales derechos pueden ser limitados se encuentran definidas en forma muy estricta en las normas que velan porque las medidas estén conforme a ley, sean proporcionales, efectivas y necesarias en una sociedad democrática y no sean discriminatorias<sup>24†</sup>. Algunos derechos, tales como el derecho a profesar ideas o creencias no tienen restricciones, en tanto que las acciones que una persona o un gobierno puedan adoptar para apoyar estas ideas son mucho más limitadas. Una persona puede creer algo acerca de la inmoralidad de otra persona pero no puede no contratarla, despedirla, negarle oportunidades de vivien-

da o educación debido a esas creencias<sup>25</sup>. A manera de ejemplo, los argumentos que están a favor de proteger las creencias conscientemente adoptadas (“cláusula de conciencia”) –que es discriminatorio para limitar alguna “expresión” religiosa– fracasan bajo un examen completo del derecho internacional de los derechos humanos puesto que los derechos solo pueden expresarse hasta el punto en que dicha expresión no perjudique los derechos de los demás. Por lo tanto, las manifestaciones religiosas pueden ser limitadas, pero solo si es necesario para proteger los derechos de los demás<sup>26</sup>.

La libertad de expresión de la conciencia de una persona religiosa se puede limitar cuando interfiera con el ejercicio de los derechos de otra persona (por ej., a controlar su fertilidad o ejercer el derecho a casarse). Personal médico o administrativo ha utilizado argumentos basados en la “Cláusula de Conciencia” para negarse a atender los servicios de aborto o solicitudes para matrimonios entre personas del mismo sexo personal. En el marco de las normas de derechos humanos en caso de aborto, ningún proveedor individual puede ser obligado a brindar un servicio que no sea de emergencia, si va totalmente en contra de sus creencias religiosas. Sin embargo, en caso de una emergencia médica, cuando no hay un centro apropiado o disponible adonde se la pueda derivar, el argumento de la cláusula de conciencia no puede prevalecer sobre el derecho de una mujer a un aborto legal. En ese mismo sentido, si el derecho a casarse (o a no casarse) se entiende como un derecho fundamental, debe quedar de lado el trato diferenciado que los empleados públicos dan a las

† Señalamos aquí cómo se pueden limitar los derechos a la libertad de expresión, de asociación o de búsqueda de información, de las personas menores de 18 de maneras distintas a las de los adultos. Sin embargo, el Comité sobre los Derechos del Niño ha dejado claro que estos límites pueden ser examinados y ser derogados, incluso si la familia se opone, si son contrarios a los principios fundamentales de no discriminación, y no respetan la capacidad evolutiva del niño, incluyendo la necesidad de combatir los estereotipos de género y la promoción de la salud. Vea una descripción más detallada en nuestra “Guía” en este volumen (23/46, págs. 16-30, en este número).

parejas del mismo sexo y a personas solteras en el ejercicio de sus funciones aludiendo a convicciones religiosas. La aplicación de este principio se encontró en un caso reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés) que, de un lado reconocía el derecho de una persona a tener una creencia que condena el matrimonio entre personas del mismo sexo y del otro, rechazaba la negativa a extenderles las licencias matrimoniales basándose en esa creencia<sup>27</sup>.

Otro grupo de “demandas de derechos compensatorios” ha surgido recientemente en algunos países, bajo el disfraz de que los gobiernos aseguran que están protegiendo los derechos del niño. Estas leyes no reconocen la diferencia de edades y se basan en la noción de que todas las personas menores de 18 conforman el mismo tipo de “niño” que debe mantener su inocencia respecto a ideas sexuales. Por ejemplo, la idea de que las personas menores de 18 son perjudicadas al oír acerca de la “homosexualidad” o de otras formas de familia, es uno de los incentivos que subyace a una nueva avalancha de leyes nacionales que prohíben discursos sobre los derechos de los homosexuales, en nombre de los “derechos del niño”<sup>28</sup>. Sin embargo, este alegato falla en, al menos, dos fundamentos. Primero, los propios niños tienen el derecho a buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad, la salud sexual y las distintas identidades y prácticas, de acuerdo con su capacidad evolutiva, tal como lo manifestó el Comité de los Derechos del Niño (CDC) en función de cómo interpretan sus principios de no discriminación y de interés superior del niño<sup>29-31</sup>. En segundo lugar, un discurso, como por ejemplo, el de identidad sexual y la expresión de la diversidad de género, solo puede limitarse si se demuestra que produce un daño real a otros, incluyendo amenazas a la seguridad nacional o a la salud pública<sup>10,12</sup>.

### Argumentos sobre la “universalidad”

Los actores estatales y no estatales también están demandando la “universalidad” para bloquear las demandas de los derechos sexuales en evolución. Un ejemplo de esto es la declaración de Siria ante la Asamblea General de la ONU en 2008. Hablando en nombre de 57

Estados que buscan refutar los argumentos de otros gobiernos que piden protección contra la discriminación basada en la orientación sexual. Siria encabezó un pronunciamiento contra los “nuevos derechos” para un “grupo especial de personas”, derechos que afirmaron no se encontraron en un documento universalmente aceptado<sup>32</sup>.

Recientemente, en el Consejo de Derechos Humanos en 2014, un número de Estados miembros (encabezados por Egipto y Rusia) procuraron que se debatiera e institucionalizara un punto de agenda sobre la “protección de la familia y sus miembros”. Estos países buscaban centrar la atención en “la familia” como estructura uniforme reconocida en los tratados de derechos humanos, e implícitamente querían derrotar las demandas de personas cuyos derechos están perjudicados por varias estructuras familiares. Ejemplos de tales perjuicios son los derechos de las mujeres casadas cuando son víctimas de violación marital o cuando nadie interviene cuando ella sufre violencia familiar, a pesar de estar incluidos en la ley, o el caso de los derechos de las parejas del mismo sexo cuando no se les permite casarse<sup>33</sup>.

Tanto los debates de la Asamblea General como los del Consejo invocaron el lenguaje de la “universalidad” para derrotar los derechos de personas diferentemente situadas, o de personas que demandan por sus derechos (mujeres casadas y violencia doméstica) o cuyas preocupaciones tal vez no han sido escritas en textos originales. En el caso de la declaración liderada por Siria, la referencia a un “grupo especial de personas” trataba de situar los derechos emergentes como derechos especiales: dado que las personas LGBTI, o los derechos relacionados con la orientación sexual, no fueron imaginados al redactarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cualquier demanda de protección a la diferencia sexual por parte de los derechos humanos queda “excluida” de los derechos universales (es decir, son derechos especiales). En el debate del Consejo sobre la familia, los opositores a los derechos sexuales buscaron utilizar un concepto –“la familia”– que aparece en el documento sobre los derechos universales y volver a colocar a la familia como el real titular de derechos. Pero los derechos humanos no son detentados por “la familia” como tal. En ambos ejemplos, los Estados se basaban



en interpretaciones históricas y en sujetos de derechos inventados para que actuaran como autoridades en la interpretación de los “derechos universales”, y refutan las interpretaciones sobre la evolución de estos derechos a fin de negarles los derechos a quienes los exigen.

Los intentos de negar la evolución de los derechos también reposaban sobre un argumento defectuoso. En su aspecto más básico, la idea de la “universalidad de los derechos” implica que los derechos humanos son derechos que deberían estar al alcance de todos, independientemente del lugar del mundo donde se encuentren: tratando de ver cómo aplicar los derechos fundamentales a personas situadas en posiciones diferentes. Como lo hizo notar An-Na'im hace más de 20 años, se necesita algo más que el mínimo denominador o acuerdo común sobre cómo aplicar estos derechos; tampoco puede ser que la negativa de algunos gobiernos a afirmar el contenido de los derechos paralicen el nuevo contenido de los derechos<sup>34</sup>. En distintos momentos durante la evolución de los derechos, los Estados han adoptado distintas posturas en relación con estos. Es en esta área en la cual acordamos luchar, en entornos geopolíticos diferentes, pero conforme a las reglas del desarrollo legal, que es donde se encuentran los derechos sexuales actualmente. Los derechos humanos están estructurados para ser lo suficientemente flexibles como para apoyar la diversidad local y regional, y presionar simultáneamente a los Estados para que expliquen cómo encaja su sistema dentro de los derechos de todas las personas a vivir con dignidad, igualdad y libertad. Es indispensable aceptar y trabajar con la idea de que el sistema está estructurado para permitir el desarrollo desigual de los derechos<sup>19</sup>. El derecho internacional de los derechos humanos se basa en la idea de que el desacuerdo entre los Estados puede hacer avanzar la protección de los derechos, forjando un consenso nuevo y más humanamente protector. De esta manera, el sistema reconoce la evolución de derechos vinculada a la naturaleza temporal de las políticas de Estado.

### **Los derechos humanos internacionales como un campo abierto de controversias**

Así, los Estados, incluidos los que reclaman la pureza teocrática y los actores no estatales que

atravesamos una gama de afiliaciones religiosas y culturales le están añadiendo, a sus argumentos originales de “religión” y “moral”, que existen razones basadas en derechos, para respaldar sus demandas. Además de los temas que hemos bosquejado anteriormente, vemos otros desafíos, tales como la reciente apelación al Comité de Derechos Humanos para que interprete el artículo (6) sobre el derecho a la vida, para incluir en este, la “vida fetal”<sup>35</sup>.

En su compromiso a nivel nacional con los órganos de los tratados, así como en los espacios políticos de la ONU, en forma más general, los opositores a los derechos sexuales están cambiando sus argumentos basados en la moral y están optando por pelear en la arena del derecho. Los que proponen el derecho a la “vida fetal” no están más automáticamente excluidos de usar reivindicaciones de derechos que nosotros, quienes buscamos utilizar las demandas de derechos para despenalizar el acceso al aborto o los derechos a la información sobre planificación familiar. La respuesta de por qué su demanda a favor de la “vida fetal” o las excepciones religiosas ya no pueden vencer a los reclamos de derechos para acceder al aborto o a la diversidad sexual, se encuentra dentro de los mismos derechos.

El propósito de este comentario ha sido llamar la atención del giro que han dado los opositores a los derechos sexuales hacia el uso del poder de los derechos humanos para sustentar sus argumentos. Nosotros debemos tomar nota de este giro y asegurarnos de que los opositores a los derechos sexuales no recojan y elijan algunas doctrinas legales e ignoren otras.

Los principios básicos de los derechos humanos no excluyen instantáneamente los reclamos sobre derechos que se están planteando, pero sí, en última instancia, operan juntos para poder vencer las demandas regresivas. Es en esta controversia, en ambos lados de los derechos, que les pedimos a los defensores de los derechos sexuales que lo vean como parte del proceso en el cual acordamos involucrarnos cuando luchamos por promover los derechos humanos.

Los sistemas de derechos humanos a nivel regional e internacional reconocen que la evolución de los derechos está ligada a la naturaleza de los Estados y de sus políticas. Estos sistemas no endosan una visión de los Estados

como los únicos poseedores de las verdades absolutas y atemporales. Más bien, ven las luchas inter e intra-estatales en torno a los derechos como espacios legítimos para trabajar por la igualdad, la libertad, la diversidad y la justicia con este conjunto de herramientas. La sexualidad, como ocurre en todos los ámbitos de la humanidad para las cuales buscamos derechos se hace a través de la política, pero

a la vez, busca no estar sujeta a la política. Trabajar para la sexualidad, la salud sexual y la diversidad sexual es capaz de sacar a la luz el peor o el mejor tipo de política en materia de derechos.

### Agradecimientos

*Las autoras agradecen a Rachel Lipstein por su investigación y apoyo editorial.*

---

### Referencias

1. Miller AM. Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights. *Health and Human Rights*, 2000;4(2):68-109.
2. WHO. Sexual health, human rights and the law. Geneva: World Health Organization, 2015.
3. Cook RJ. Bringing rights to bear on reproductive and sexual rights: an analysis of the work of UN treaty monitoring bodies. New York: Center for Reproductive Law and Policy, 2003.
4. For the text of the Holy See's written reservation, see Women UN. Report of the Fourth World Conference on Women. Beijing: UN Commission on the Status of Women, 1995:159-160. (UN Doc A/CONF.177/20/Rev.1).
5. Coates Amy L, et al. The Holy See on sexual and reproductive health rights: conservative in position, dynamic in response. *Reproductive Health Matters*, 2014; 22(44):114-124.
6. See: What is a fair trial? A basic guide to legal standards and practice. New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000. ([https://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/fair\\_trial.pdf](https://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/fair_trial.pdf)).
7. Yogyakarta Principles. <http://www.yogyakartaprinciples.org/>. 2006.
8. OHCHR. Born free and equal: sexual orientation and gender identity in international human rights law. Office of the High Commissioner for Human Rights: New York and Geneva, 2012.
9. WHO. Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health, 28-31 January 2002. Geneva: World Health Organization, 2006.
10. Kismödi E, Cottingham J, Gruskin S, et al. Advancing sexual health through human rights: the role of the law. *Global Public Health*, 2015;10(2):252-267.
11. IPPF. Sexual rights: an IPPF declaration. London: International Planned Parenthood Federation, 2006.
12. WAS. Declaration of sexual rights. World Association for Sexual Health, 2014. (<http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>).
13. Petchesky RP. The Body as Property: a Feminist Re-Vision. In: Ginsburg, Rapp, editors. *Conceiving the New World Order: The Global Politics of Reproduction*. Berkeley: Berkeley University Press, 1995.
14. Gass Henry. America's small change on 'sexual rights' could have a big impact. <http://www.csmonitor.com/USA/USA-Update/2015/0918/America-s-small-change-on-sexual-rights-could-have-big-impact>. Sep. 18, 2015.
15. Erdman R. Remarks at the UN Women Executive Board, by Richard Erdman, Senior Advisor and Acting ECOSOC Ambassador. New York: United States Mission to the United Nations, Sept. 15, 2015. (<http://usun.state.gov/remarks/6831>).
16. The San Jose Articles can be read here: [http://www.sanjosearticles.com/?page\\_id=2](http://www.sanjosearticles.com/?page_id=2). See also for a timely critique: [http://www.alternet.org/story/152868/what\\_are\\_the\\_san\\_jose\\_articles\\_don\\_t\\_be\\_foiled\\_by\\_the\\_conservative\\_global\\_elites\\_latest\\_ploy\\_to\\_attack\\_science\\_women\\_and\\_the\\_united\\_nations](http://www.alternet.org/story/152868/what_are_the_san_jose_articles_don_t_be_foiled_by_the_conservative_global_elites_latest_ploy_to_attack_science_women_and_the_united_nations).
17. Vienna Convention on the law of treaties. , vol. 115Vienna: United Nations Treaty Series, May 23, 1969-18232.
18. U.N. General Assembly. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. New York: United Nations, 2011. UN Doc. A/66/290.
19. Miller A, Roseman MJ. Normalizing sex and its discontents: Establishing sexual rights in international law. *Harvard Journal of Gender and the Law*, 2011;34(2):314-375.

20. United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean [UNECLAC]. Monte-video consensus on population and development. Montevideo: United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, Aug. 15, 2013.
21. Supreme Court of India. National Legal Services Authority v. Union of India, WP (Civil) No 604 of 2013. <http://supremecourtindia.nic.in/outtoday/wc40012.pdf>. April 15, 2014.
22. Organization of American States. Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination and Intolerance (A-69). [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_discrimination\\_intolerance.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance.pdf). 2013.
23. Siegel R, Nejaime D. Conscience and the culture wars. *The American Prospect*. <http://www.prospect.org/article/conscience-and-culture-wars>. Summer, 2015.
24. UN Commission on Human Rights. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. UNESCO. <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>. 1984 Sept 28(UN Doc. E/CN.4/1985/4).
25. See: Using religion to discriminate. American Civil Liberties Union. <https://www.aclu.org/feature/using-religion-discriminate>.
26. Brandt-Young C, Lee J. Religion isn't a free pass to discriminate against employees. American Civil Liberties Union. <https://www.aclu.org/blog/speakeasy/religion-isnt-free-pass-discriminate-against-employees?redirect=blog/womens-rights-religion-belief/religion-isnt-free-pass-discriminate-against-employees>. Sept. 17, 2012. Conscientious objection and reproductive rights: international human rights standards. Also New York: Center for Reproductive Rights, 2013 July. [http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/\\_Conscientious\\_FS\\_Intro\\_English\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/_Conscientious_FS_Intro_English_FINAL.pdf).
27. European Court of Human Rights. *Eweida and Others v. The United Kingdom*, no. 51671/10, ECHR 2013. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881>.
28. Russian Federation Collection of Legislation. On Amendments to Article 5 of the Federal Law "On Protection of Children from Information Harmful to Their Health and Development" and to Certain Legislative Acts of the Russian Federation with the Aim of Protecting Children from Information that Promotes the Denial of Traditional Family Values. No. 26, Item 32082013. ([http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=44554-6&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=44554-6&02) [<http://perma.cc/Y2WQ-EFXH>]). For an unofficial translation of the law, see Russia's "Gay Propoganda" Law. Russian federal law #135-FZ [Erin Decker trans.]. School of Russian & Asian Studies, Aug. 13, 2013. (Available from: [http://www.sras.org/russia\\_gay\\_propaganda\\_law](http://www.sras.org/russia_gay_propaganda_law)).
29. CRC. General Comment No. 3: HIV and the rights of the child. New York: United Nations Committee on the Rights of the Child, 2003. (UN Doc CRC/GC/2003/3).
30. CRC. General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child. New York: United Nations Committee on the Rights of the Child, 2003. (UN Doc CRC/GC/2003/4).
31. Thoreson R. Comment: From child protection to children's rights: Rethinking homosexual propaganda bans in human rights. *Law Yale Law Journal*, 2015;124(4):882-1345.
32. Response to SOGI Human Rights Statement. Read by Syria to the UN General Assembly. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/Amicus/AMICUS%20CURIAE%20TRANSMITIDOS%20EL%2012%20DE%20SEPTIEMBRE%20foliados/19%20-%20ANEXO%20%202758-2759.pdf>. Dec.18, 2008.
33. FIDH. Defending the Universality of Human Rights. Available at. <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/united-nations/un-defending-the-universality-of-human-rights-priority-hrc29>. June 2014.
34. An-Na'im AA. *Human rights in cross-cultural perspectives: a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995.
35. See a statement on the appeal from a coalition of NGOs: <http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Joint%20Statement%20-%20HRC%20Day%20of%20Discussion%20on%20the%20Right%20to%20Life%20-%20Final.pdf>