

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/330142691>

# Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad

Article in *Ius et Praxis* · January 2019

DOI: 10.4067/S0718-00122018000300209

CITATIONS

0

READS

8

1 author:



Yanira Zúñiga Añazco

Universidad Austral de Chile

35 PUBLICATIONS 102 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Los derechos sexuales y reproductivos. Entre el control y la autonomía [View project](#)

Trabajo recibido el 19 de diciembre de 2017 y aprobado el 19 de julio de 2018

## Cuerpo, Género y Derecho\*

### Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad

BODY, GENDER AND LAW

YANIRA ZÚÑIGA AÑ\*\*

#### RESUMEN

Este trabajo examina las relaciones existentes entre cuerpo, subjetividad y poder para evidenciar sus vínculos recíprocos. Uno de los propósitos del trabajo es mostrar que múltiples categorías jurídicas descansan sobre significados que remiten a un imaginario social de género. Así es posible que esferas regulativas aparentemente estancas sean unificadas alrededor de una matriz común de sentido y sirvan a funciones ideológicas de estabilización del sistema sexo-género. El trabajo postula que la diferencia sexual atraviesa el sistema jurídico singularizando a las mujeres como una identidad subalterna, lo cual repercute, a su vez, en el tratamiento jurídico de otros cuerpos, que son *feminizados*. También argumenta que esta tecnología biopolítica tiene su sede en la regulación jurídica de la familia y desde ahí irradia sus efectos al resto del sistema

#### ABSTRACT

This paper tries to elucidate the existing relations between body, subjectivity and power demonstrate their reciprocal links. One of the purposes of the work is to show that multiple legal categories rest on meanings that refer to a social imaginary of gender. Thus it is possible that apparently sealed regulatory spheres are unified around a common matrix of meaning and serve ideological functions of stabilization of the sex-gender system. In it, the author postulates that the sexual difference goes through the legal system singling out women as a subaltern identity, which in turn affects the legal treatment of other bodies, which result *feminized*. It is also argued that this biopolitical technology is based on the legal regulation of families and from there irradiates its effects to the rest of the system.

#### PALABRAS CLAVE

Cuerpo, género, poder, biopolítica, familia

#### KEY WORDS

Body, gender, power, biopolitics, family

---

\* Este artículo es resultado del Proyecto Fondecyt regular N° 1150796, titulado "Los derechos sexuales y reproductivos. Entre el control y la autonomía", y del cual la autora es investigadora principal.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl.

## Introducción

¿Qué rol desempeña el cuerpo en la estructuración social? ¿Cuáles son los propósitos que persigue el poder al regular el cuerpo? ¿Qué relaciones existen entre cuerpo y sujeto? ¿Cómo se regulan y categorizan jurídicamente esas relaciones? Estas y otras preguntas vienen siendo objeto de investigación y análisis por parte de diversas disciplinas de pensamiento, debido a las profundas transformaciones obradas en el último tercio del siglo XX en las relaciones interpersonales y en el espacio íntimo-familiar.

Como en el resto de las ciencias sociales, buena parte de los trabajos jurídicos publicados sobre la diversificación de los modelos de familia y el rediseño de los derechos y deberes al interior de éstas, y, especialmente, sobre la eclosión de los llamados derechos sexuales y reproductivos, han ido abandonado el enfoque clásico –pedagógico o moralista– para adoptar un enfoque relacional, que pone acento en los contextos sociales que han catalizado tales cambios. Así, son numerosos los trabajos que correlacionan la liberalización social de las relaciones familiares con la expansión del principio constitucional de igualdad al ámbito privado-familiar, o que muestran la influencia de las demandas de autonomía en el plano sexual y procreativo en la flexibilización progresiva de la punición del aborto, la criminalización de la violencia sexual o el reconocimiento de la orientación sexual o la identidad de género como opciones individuales.

No cabe duda que estos trabajos han contribuido a localizar el cuerpo en el marco de las discusiones jurídico-políticas contemporáneas. Sin embargo, aportan pocos insumos para examinar la construcción jurídica del cuerpo y, concretamente, las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. Buena parte de los trabajos sobre derechos sexuales y reproductivos son incapaces de dar buena cuenta de su objeto de estudio porque carecen de una teoría sobre el cuerpo o porque adoptan, acriticamente, los presupuestos de análisis de la concepción liberal de los derechos.

En la tradición liberal la justificación de la existencia de un derecho resulta reenviada a una naturaleza humana, desarraigada de todo componente corporal. Por consiguiente, el cuerpo es, en general, irrelevante en el discurso liberal de los derechos. Cuando el cuerpo adquiere protagonismo lo hace para recordarnos los fracasos más rotundos del proyecto civilizatorio moderno. Ahí aparece como cuerpo despojado de humanidad (en los campos de concentración nazi) o como cuerpo desaparecido (bajo las dictaduras latinoamericanas). Las distintas formas de opresión que sufren sistemáticamente ciertas categorías de personas, en función de sus rasgos anatómicos (personas de color, mujeres, discapacitados, etc.) son, en contraste, regularmente ignoradas.

A lo largo de la historia, sin embargo, las protecciones jurídicas de que han gozado las personas, han estado subordinadas a las características de sus cuerpos

individuales, o, más exactamente, a las representaciones sociales existentes sobre dicha corporalidad. El cuerpo ha sido (y es) un territorio político, un espacio disputado entre fuerzas de control y fuerzas de emancipación.

En este trabajo voy a adoptar puntos de partida más apropiados para indagar los vínculos entre cuerpo, poder y subjetividad. Siguiendo al pensamiento feminista, consideraré que el afianzamiento de una concepción degradada de lo femenino, cuyas bases descansan sobre la diferencia anatómica entre varones y mujeres, ha sido crucial en la construcción jurídica del cuerpo y en la determinación del contenido y alcance de la subjetividad jurídica. Además, asumiré –como lo hace Foucault– que el cuerpo ha sido controlado, desde la modernidad en adelante, a través de una serie de técnicas, polimorfas y transversales, que reposan sobre un dispositivo de poder-saber y que dan origen a una *biopolítica*. En contra de la visión estatalizadora y rígida del poder que ofrece el pensamiento liberal, voy a comprender al poder como algo transitivo, una dinámica de fuerzas y resistencias, en cuyo seno se construye la libertad y la identidad individual. En consecuencia, voy a considerar que ahí donde el reclamo de autonomía sobre el cuerpo logra triunfar, emerge un sujeto jurídico y no al revés.

Sobre estas coordenadas teóricas, me propongo argumentar la siguiente hipótesis: La concepción jurídica del cuerpo orbita alrededor del cuerpo generizado, que es, a su vez, reflejo de la ordenación social de género. Esta construcción dicotómica atraviesa el sistema jurídico, determina la regulación de *los otros cuerpos*, y permanece oculta bajo operaciones de arquetipificación técnica; lo cual facilita su perpetuación. La familia es el *locus* jurídico por excelencia de la producción del cuerpo generizado. En el espacio privado-familiar el cuerpo generizado actúa, sin tapujos, como el criterio justificante de una distribución asimétrica de derechos y cargas, y como continente de un imaginario de *lo femenino* que irradia sus efectos al resto del sistema jurídico. Si bien la expansión de los derechos humanos, desde lo público a lo privado, ha impulsado la liberalización e igualación de las formas familiares, la familia está aún lejos de transformarse en una institución justa. Paradójicamente, en el lenguaje de los derechos, la *doxa* de género ha encontrado nuevos ingredientes para justificar la perpetuación de una estructura familiar patriarcal.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera parte, me ocupo de analizar la manera en la que las normas y los estudios jurídicos suelen acercarse al cuerpo; identifico y caracterizo la noción del cuerpo generizado; establezco sus repercusiones en el tratamiento de *los otros cuerpos* y sus vinculaciones con el orden social de género. En la segunda parte del artículo, examino los discursos jurídico-penales que vehiculan y reproducen al cuerpo generizado, sus efectos y sus estrategias de enmascaramiento. En la tercera parte y final,

analizo la construcción jurídica de la familia moderna y sus funciones ideológicas, me detengo en el trabajo doméstico para comprobar la permanencia de estas funciones en la regulación contemporánea de la familia, y examino el rol del principio del interés superior del Niño, como estrategia de preservación del binarismo sexual.

## Primera parte

### 1. Apuntes preliminares sobre la regulación jurídica del cuerpo

La regulación jurídica del cuerpo tiene mucho de esquizofrénico. Algunas normas jurídicas habilitan a las personas a adoptar decisiones anticipadas sobre sus propios procesos vitales, ante la eventual ocurrencia de situaciones críticas de salud; permiten disponer en vida sobre partes del propio cuerpo; o reconocen la facultad de disponer del cuerpo de un familiar fallecido<sup>1</sup>. Estos poderes son similares a las facultades que confiere la relación de dominio, entre una persona y una cosa, y en consecuencia evocan una comprensión patrimonialista del cuerpo.

Otras normas –la mayoría– suponen una comprensión diversa del cuerpo humano. El cuerpo sería un soporte de la individualidad o un componente de la subjetividad. Si bien en el pensamiento jurídico las trazas de esta segunda concepción remiten a fórmulas que evocan una suerte de propietarización del cuerpo (como cuando se afirma que cada uno es *dueño* de su cuerpo), ellas no confieren al titular un poder sobre su cuerpo similar al que se tiene sobre una casa o un automóvil. Reenvían, en cambio, a la vieja máxima de la tradición liberal de los derechos: cada individuo es capaz de autogobernarse.

La articulación jurídica de esta segunda versión del cuerpo –que llamaré *el cuerpo como subjetividad*– se realiza a través de una variada gama de derechos humanos, entre los que sobresalen el derecho a la vida, a la integridad física

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, el Reglamento chileno de la Ley de donación y trasplante (D. 35, 21 octubre 2013, del Minsal) establece en su artículo 9° que “toda persona legalmente capaz puede donar en vida un órgano para ser trasplantado a un receptor relacionado en los términos dispuestos en el inciso tercero de este artículo, cuya individualización se determine, previa certificación médica de su aptitud física compatible con la extracción”. El artículo 147 del Código Sanitario, a su turno, establece en su inciso 1° que “ los cadáveres de personas fallecidas en establecimientos hospitalarios públicos o privados, o que se encuentren en establecimientos del Servicio Médico Legal, que no fueren reclamados dentro del plazo que señale el reglamento, podrán ser destinados a estudios e investigación científica, y sus órganos y tejidos, destinados a la elaboración de productos terapéuticos y a la realización de injertos” mientras que el inciso 2° de la misma disposición agrega que “podrán ser destinados a los mismos fines cuando el cónyuge o, a falta de éste, los parientes en primer grado de consanguinidad en la línea recta o colateral o la persona con la que el difunto tuviere vigente un acuerdo de unión civil al momento de su muerte no manifestaren su oposición dentro del plazo y en la forma que señale el reglamento”.

y psíquica, la prohibición de la tortura, el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad.

El derecho a la vida permite la preservación de las funciones vitales, protegiendo el cuerpo humano de ataques arbitrarios; mientras que el derecho a no sufrir torturas y a la integridad física garantizan la indemnidad e integridad corporal. La protección de la intimidad permite el resguardo del cuerpo erigiéndolo como una especie de santuario individual. En efecto, el derecho a la intimidad protege al individuo ante las intervenciones de terceros sobre el propio cuerpo, tanto respecto de los procesos que ocurren al interior de éste –los que se reputan privados y, en consecuencia, se sitúan bajo el control de sus titulares– como en lo concerniente a la información relativa a dichos procesos, la que está sometida ordinariamente al régimen de confidencialidad<sup>2</sup>. También se reputa como perteneciente a la esfera íntima o privada la manifestación externa del cuerpo, lo que ha dado al derecho a la imagen. Por último, el derecho a la intimidad, en conjunto con el derecho a la igualdad, han permitido sedimentar un incipiente proceso de reconocimiento jurídico de la autodeterminación en materia sexual y procreativa, cuya manifestación paradigmática son los llamados derechos sexuales y reproductivos.

Aunque los derechos antes mencionados permiten instrumentar decisiones de administración del propio cuerpo, de ello no se sigue que el sistema jurídico le reconozca a cada individuo una plena soberanía sobre el espacio corporal. Es bien sabido que la decisión sobre el momento y las condiciones de la propia muerte –que es la forma más radical de disposición corporal –regularmente, no le pertenece al individuo, sino al Estado. Como explica Foucault, la modernidad dio paso a una curiosa transmutación del poder estatal en relación con la regulación de la vida humana. El Estado perdió la posibilidad paradigmática de dar muerte a un individuo, pero, en contrapartida, adquirió una progresiva injerencia sobre el dominio de la vida que se traduce en la posibilidad paradigmática de obligar a los individuos a seguir viviendo o rechazar la muerte<sup>3</sup>. Esto explica el robusto régimen de limitaciones que afecta a las decisiones personales susceptibles de poner en riesgo la propia vida. Entre estas limitaciones puede mencionarse la jurisprudencia respecto del rechazo de tratamientos médicos (transfusiones, tratamientos de sobrevida y vacunas), o sobre las huelgas de hambre, las normas legales o reglamentarias que exigen a las personas adoptar medidas de seguridad individual (uso del cinturón de seguridad u otro tipo de resguardos) e, inclu-

---

<sup>2</sup> En este sentido, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 12 de la Ley N° 20.584, que somete a la ficha clínica al régimen de confidencialidad especial de los datos sensibles que regula la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada.

<sup>3</sup> FOUCAULT (2013), p. 271.

sive, la creciente regulación de la alimentación (prohibiciones o restricciones de venta de ciertos alimentos, reglas de etiquetado, etc.)

En síntesis, puede decirse que unas veces (las menos) las reglas jurídicas conciben al cuerpo como una suerte de *conmigo*, esto es, como una especie de cosa que nos pertenece y, otras, como parte del *yo*, es decir, como componente de la subjetividad de quien lo habita. Pese a que las visiones patrimonialista y subjetivista del cuerpo han convivido por mucho tiempo en los ordenamientos jurídicos, los meandros, contradicciones y tensiones de esta cohabitación prácticamente no han sido explorados. El pensamiento jurídico se ha limitado a elaborar reconstrucciones que son presentadas como meras descripciones de un cierto estatuto normativo (las regulaciones jurídicas sobre el cuerpo o sobre la persona) cuya coherencia se presupone o, al menos, no se problematiza.

En la práctica jurídica, en cambio, las controversias sobre el cuerpo se han incrementado y diversificado en las últimas décadas. Los vertiginosos avances tecnológicos han ampliado los usos del cuerpo humano más allá de las previsiones de la ciencia ficción. Materiales corporales pueden ser usados con propósitos científicos, terapéuticos, industriales y comerciales, no siempre en beneficio de la persona de la cual se extraen, y en ocasiones trasgrediendo abiertamente su voluntad<sup>4</sup>. Adicionalmente, la significación espiritual que el cuerpo tiene para diversas religiones o creencias, es fuente de nuevas controversias jurídicas, como las relativas al destino de los restos fetales en caso de aborto espontáneo o voluntario<sup>5</sup>. Finalmente, la emergencia de formas contemporáneas de esclavitud, como el tráfico de personas y la prostitución forzada, demuestran que la apropiación del cuerpo, en sus formas más graves, lejos de ceder, se ha intensificado en las sociedades actuales.

Urge, entonces, avanzar en la construcción de una teoría jurídica del cuerpo que sea capaz de responder adecuadamente a estos nuevos desafíos normativos; unificando y armonizando las protecciones provenientes del régimen de propiedad, y las exigencias derivadas de los principios de dignidad humana y autonomía individual, a menudo en colisión. Tal ejercicio, sin embargo, excede los contornos de esta propuesta de análisis. Mi interés aquí es otro. Quiero poner de relieve las bases ideológicas sobre las que descansa la concepción

<sup>4</sup> Sobre estas complejidades y desafíos, véase BELTRÁN (2015), pp. 137-166.

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional español concedió un amparo interpuesto por una mujer contra la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Esta última había denegado la licencia para incinerar los restos fetales de un aborto programado. En su voto de mayoría, el Tribunal Constitucional español consideró que se vulneró el derecho fundamental de la recurrente a la intimidad personal y familiar, al impedirle despedirse, en compañía de su pareja y en una ceremonia civil, del feto fallecido. Tribunal Constitucional de España, sentencia 11/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE N° 57, de 7 de marzo de 2016).

subjetivista del cuerpo y explorar sus repercusiones jurídicas. En lo sucesivo, me concentraré en lo que llamaré el cuerpo generizado.

## 2. El cuerpo generizado y los otros cuerpos

La literatura feminista ha puesto consistentemente de relieve que las categorías jurídicas no son neutras y que se encuentran, en cambio, saturadas de sexualidad. El sujeto liberal, en torno al que orbita buena parte de la construcción jurídica moderna, no sería abstracto, ni neutro, ni mucho menos asexuado. Tendría su sede en un *cuerpo generizado*.

Cuando las feministas señalan que el sujeto liberal es generizado quieren decir que no da lo mismo habitar un cuerpo masculino que un cuerpo femenino. Según el feminismo, la noción de sujeto de derechos reenvía a un cuerpo masculino, de suerte que la diferencia sexual sería crucial en la evolución y extensión de la noción de derechos humanos. Más adelante, tendré la oportunidad de retomar este argumento.

El cuerpo masculino al que aluden las feministas no es un cuerpo material. Es un ideal, una abstracción. En otros términos, un cuerpo que ha sido descorporeizado. Jean Carbonnier explica, a este respecto, que “aunque la primacía de la persona sea proclamada como un axioma, ella resulta amalgamada al respeto de su cuerpo, cuya salud, buena o mala, no interesa sino de una manera accesoria. El ordenamiento jurídico ha debido, entonces, presumir en el hombre un cuerpo sano e infatigable”.<sup>6</sup> Puede decirse, entonces, que el cuerpo masculino ideal es un cuerpo adulto, sano (libre de enfermedad y de cualquier otra deficiencia anatómica) e infatigable.

El cuerpo masculino ideal no requiere referencia normativa explícita porque él mismo constituye la norma<sup>7</sup>. Por tanto, *los otros cuerpos*, es decir, todos los que se apartan del cuerpo masculino ideal, aparecen singularizados en el lenguaje jurídico apelando a su materialidad concreta. Dicho de otra forma, el cuerpo adquiere corporeidad en el discurso jurídico cuando es objeto de contingencias que lo amenazan (la enfermedad), lo hacen vulnerable (la niñez), lo deterioran (la vejez), le impiden ser productivo o desenvolverse adecuadamente en su entorno (la discapacidad etc.); o lo desvían del patrón social dominante sobre el sexo y la sexualidad (la homosexualidad, el hermafroditismo, etc.). Por tanto, si el cuerpo masculino se conforma al patrón ideal configura un territorio soberano y un sujeto de derechos; si escapa a dicha norma deviene, en cambio, un espacio a ocupar. Los cuerpos masculinos anómalos (no ideales) resultan *rei-*

---

<sup>6</sup> CARBONNIER (2000), p. 20.

<sup>7</sup> PITCH (2003), p. 19.



*ficados*, degradados a simples sustratos materiales y, por consiguiente, devienen territorios de disciplinamiento.

Un ejemplo puede ser útil para ilustrar lo que hasta aquí he dicho. La situación jurídica de las personas con discapacidad refleja claramente la tensión existente entre un cuerpo que escapa a la norma y la subjetividad jurídica. Antes del surgimiento del llamado modelo social o de derechos, impulsado por la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), la discapacidad era concebida, conforme lo dictaba el modelo médico-rehabilitador, como una minusvalía. La persona discapacitada, en tanto ser inferior, requería, por tanto, ser rehabilitada o “normalizada” para alcanzar su dignidad. Pese a los avances del modelo social en el lenguaje jurídico internacional, el modelo médico-rehabilitador es, todavía, hegemónico en las reglas/prácticas jurídicas nacionales. Esto explica que las personas discapacitadas carezcan, en general, de la facultad de adoptar decisiones autónomamente y que sus derechos estén habitualmente sometidos a una serie de restricciones legales, reglamentarias, o simplemente, de hecho<sup>8</sup>.

A lo largo de la historia, los cuerpos femeninos han sido cuerpos desposeídos, debido a la naturalización y jerarquización de la diferencia sexual. En la medida de que el sexo es una categoría totalizante y abarca a la mitad de la población humana, los cuerpos femeninos constituyen, al mismo tiempo, el paradigma de la otredad y de la subalternidad. De ahí que puede sostenerse que los cuerpos masculinos que se apartan del cuerpo ideal, son tratados por el sistema jurídico como *cuerpos feminizados*. Es decir, devienen no-sujetos.

En suma, el cuerpo generizado es el resultado de la combinación de dos operaciones. Una operación principal de oposición binaria, entre el cuerpo masculino y el cuerpo femenino; y una operación secundaria de asimilación de los otros cuerpos (los que se apartan del cuerpo masculino ideal) al cuerpo femenino.

En las siguientes secciones me ocuparé de la manera en la que se construye la primera operación antes descrita.

### **3. La construcción social del cuerpo generizado**

#### **3.1. Las representaciones sociales del cuerpo femenino**

Existe sobrada evidencia histórica que testimonia que el cuerpo masculino y el cuerpo femenino han sido definidos como opuestos. El cuerpo masculino ha sido concebido como la norma, mientras que el cuerpo femenino ha sido nombrado a través de lo que le “falta” para ser un cuerpo masculino. La creación

---

<sup>8</sup> En relación con las características del modelo social, Véase PALACIOS (2015), pp. 9-34.

de Eva a partir de la costilla de Adán; la minimización, desde Aristóteles en adelante, del aporte femenino en la constitución de los nuevos seres humanos (el hombre aporta la semilla y la mujer es un mero receptáculo), la comprensión del útero como la causa del temperamento de las mujeres (definido como esencialmente impresionable y débil) y de las enfermedades que les afectan (particularmente, la histeria); la influyente teoría freudiana de la envidia del pene, y la prevalencia actual del modelo masculino en la etiología de las enfermedades<sup>9</sup>; son algunos ejemplos de la presencia histórica de esta representación social binaria y jerarquizada.

En *Historia de la Sexualidad*, Foucault ha puesto de relieve que, a partir de la modernidad, el tabú sexual es sustituido por una verdadera fermentación discursiva sobre el sexo y la sexualidad, en la que el cuerpo individual emerge como un vector de la economía política. Dentro de este marco, el cuerpo femenino se transforma en la “bisagra” que articula los dos ejes a lo largo de los cuales se desarrolla la tecnología política de la vida (disciplinamiento del cuerpo y regulación de la población) y, por tanto, su control se vuelve estratégico<sup>10</sup>.

La simbolización del cuerpo femenino también se ha revelado vertebral en la comprensión moderna de la ciudadanía y en la consolidación de la dicotomía público-privado. Iris Young explica que el cuerpo de las mujeres fue usado por el pensamiento moderno para legitimar tanto su evicción de la esfera pública como su sujeción en la esfera privada. Según la autora, la esfera pública se erigió en el *locus* de la razón moderna, y como tal, debía purgarse de los deseos individuales y de las necesidades corporales. En la medida de que las mujeres eran vistas como las guardianas de las emociones, el deseo y el cuerpo, la presencia femenina en la esfera pública fue considerada disruptiva. Por un lado, el deseo masculino por las mujeres amenazaba con hacer añicos y dispersar el orden de lo público; por el otro, la peligrosa y heterogénea sexualidad femenina debía conservarse casta y confinarse al matrimonio, para evitar el caos y la descendencia ilegítima en lo privado<sup>11</sup>.

El siglo XIX sellará el cenit del esfuerzo social destinado a garantizar la subordinación social de las mujeres mediante la represión del placer sexual femenino. El incremento del discurso científico sobre los genitales femeninos se volverá, de ahí en adelante, indispensable para la puesta en marcha de un programa social de desposeimiento del cuerpo femenino a través de su patologización. Durante esta época, se difundieron diversas teorías que señalaban que

---

<sup>9</sup> VALLS LLOBET (2011), p. 52.

<sup>10</sup> FOUCAULT (2013), pp. 23-56; BOYER (2012), p. 133.

<sup>11</sup> YOUNG (1996), p. 103

el clítoris era fuente de la bajeza moral de las mujeres o que postulaban que las mujeres “buenas” no tenían sensaciones sexuales, especialmente clitorianas<sup>12</sup>.

En las postrimerías del siglo XX, la emergencia del movimiento de liberación sexual marcará un punto de inflexión en la orientación social disciplinadora de la sexualidad y la procreación femenina. Con todo, es dudoso que, a partir del siglo XX, el cuerpo de las mujeres haya logrado desembarazarse completamente de las fuerzas de control que pretéritamente le han sometido. Es evidente que la aparición de la píldora y de otras herramientas de contracepción dotaron a las mujeres de un control inédito sobre sus cuerpos y que influyentes investigaciones<sup>13</sup> contribuyeron a desmitificar la idea de que la sexualidad femenina es la simple contraparte pasiva de la sexualidad masculina. Empero, otros hechos, como el desarrollo de una pujante industria de la pornografía y la eclosión de la figura de la mujer sexualmente liberada, han llevado a cabo una operación regulatoria de normalización de la sujeción sexual femenina, solo que bajo nuevos clivajes.

En la cultura actual, el cuerpo femenino ha devenido un fetiche; se ha hecho responsable de su exposición a las propias mujeres (que se han “liberado”), y con ello se ha logrado mantener, bajo una renovada apariencia, la visión *voyeurista* que sostiene la hegemonía de la mirada del varón<sup>14</sup>. La disponibilidad sexual permanente y la capacidad para llegar al orgasmo vaginal se han transformado en los indicadores de una sexualidad femenina adecuada y saludable<sup>15</sup>. Por otra parte, y como veremos en la segunda parte de este trabajo, los vínculos normativos entre las funciones reproductivas de la familia y el cuerpo de las mujeres no sólo no se han desvanecido sino que se han multiplicado en las décadas recientes.

Este breve repaso histórico revela que las representaciones culturales del cuerpo no son fijas. Varían conforme lo hacen las sociedades, adoptando

---

<sup>12</sup> WOLF (2013), p. 197.

<sup>13</sup> Entre estos puede citarse el Informe Hite y el informe Kinsey. El primero, publicado en 1973 y basado en entrevistas a unas 3.000 mujeres de los Estados Unidos sobre qué sentían, pensaban y cómo disfrutaban del sexo, arrojó que sólo el 30% de las mujeres entrevistadas habían experimentado un orgasmo a través de sexo con penetración. Antes de eso, célebre Informe Kinsey basado en reportes de 6.300 varones y 5.940 mujeres, publicó resultados sobre la conducta sexual masculina (1948) y sobre la conducta sexual femenina (1953) que determinaron una alta prevalencia de prácticas homosexuales en la experiencia masculina.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ CANO (2014), p. 233.

<sup>15</sup> En la década de los 70 surge la figura de la mujer frígida al hilo de nuevos discursos de patologización. El psicoanálisis postfreudiano sostendrá, por ejemplo, que la frigidez de las mujeres es lo opuesto a una sexualidad madura y saludable; y que esta última implica la superación de la etapa clitorídea y el acceso al placer vaginal.

manifestaciones diversas. Sin embargo, aun sucediéndose diferentes representaciones del cuerpo femenino a lo largo de los siglos, el significado social del cuerpo femenino ha sido relativamente estable: un cuerpo degradado y subordinado a las necesidades reproductivas de la sociedad.

### 3.2. Cuerpo generizado, orden de género e identidad individual

Llegados a este punto es necesario interrogarse por las relaciones existentes entre el significado social del cuerpo, el orden social de género y la identidad individual.

Como explica Bourdieu en *La dominación masculina*,

El mundo social construye el cuerpo como realidad sexuada y como depositario de principios de visión y de división sexuales. El programa social de percepción incorporado se aplica a todas las cosas del mundo, y en primer lugar al cuerpo en sí, en su realidad biológica: es el que construye la diferencia entre los sexos biológicos de acuerdo con los principios de una visión mítica del mundo arraigada en la relación arbitraria de dominación de los hombres sobre las mujeres, inscrita a su vez, junto con la división del trabajo, en la realidad del orden social. La diferencia biológica entre los sexos, es decir, entre los cuerpos masculino y femenino, y, muy especialmente, la diferencia anatómica entre los órganos sexuales, puede aparecer de ese modo como la justificación natural de la diferencia socialmente establecida entre los sexos, y en especial de la división sexual del trabajo<sup>16</sup>.

Por consiguiente, la representación social del cuerpo generizado connota una cierta relación de poder entre los sexos. El falo es el descriptor de la virilidad y remite a la significación social de las relaciones de género. El cuerpo masculino es, entonces, el símbolo de la supremacía de los varones, la fuente del predominio de la experiencia masculina. El cuerpo femenino es, en contraste, el descriptor de una femineidad que ha sido construida como una identidad subalterna. En palabras de Irigaray, *lo femenino* es descrito como defecto, atrofía, reverso del único sexo que monopoliza el poder: el sexo masculino<sup>17</sup>.

Así vertebrada por la ordenación social de género, la representación del cuerpo generizado es internalizada por los sujetos a través de los procesos de enculturación y por los procesos de institucionalización del cuerpo generizado en el que intervienen especialmente las normas jurídicas. De esta manera las

---

<sup>16</sup> BOURDIEU (2000), p. 24.

<sup>17</sup> IRIGARAY (2009), p. 52.

sociedades fabrican las ideas de lo que son los hombres y las mujeres, de lo que es “propio” de cada sexo, y las transforman en los universos normativos que delimitan las fronteras de lo masculino y de lo femenino. Estas ideas infiltran los imaginarios colectivos e individuales, modulando, desde la infancia nuestra manera de ver, captar y entender el mundo<sup>18</sup> y creando patrones de inteligibilidad de lo masculino y de lo femenino que operan como presupuestos de la interpretación de normas jurídicas.

Por ende –como destaca Butler– el cuerpo no es una facticidad anatómica prediscursiva, no posee una existencia significativa antes de la marca social del género<sup>19</sup>. Esto implica que, por definición, el cuerpo es una construcción generizada cuya función es eminentemente normativa.

Tres consecuencias se siguen de lo anterior. En primer lugar, el cuerpo generizado es parte de lo que constituye la identidad individual porque ésta se forja por oposición o por adhesión (en grados variables) a esa matriz de sentido. En la literatura *queer*, sin ir más lejos, el cuerpo es tematizado como un espacio en que se articula el deseo y, sobre todo, como el catalizador de los procesos de identificación que conforman la subjetividad<sup>20</sup>. En segundo lugar, los discursos jurídicos —los enunciados normativos y sus interpretaciones— tienen un rol central en la construcción e imposición social del cuerpo generizado al ser los discursos regulativos por antonomasia. Lo mismo que el resto de los discursos sociales, los discursos jurídicos son portadores de significados sociales sobre el cuerpo. Como la producción del significado sobre *el yo* es tributaria de la producción social de significado sobre el cuerpo, el discurso jurídico interviene fuertemente en la construcción de la identidad, del *yo*, al transformar los significados sociales, contingentes e históricos, en significados necesarios y permanentes. En tercer lugar, los discursos jurídicos sobre el cuerpo determinan las condiciones prácticas del ejercicio de los derechos individuales distribuyendo privilegios y cargas, administrando protecciones y sanciones, en función de la anatomía de cada individuo. Así logran estabilizar el orden de género.

Como veremos en la segunda parte de este trabajo, la simbolización del cuerpo generizado es recreada, de manera transversal y bajo diversas apariencias, por el discurso jurídico contemporáneo. A veces, de forma nítida, otras, disfrazada bajo una apariencia neutra o técnica.

---

<sup>18</sup> Según LAMAS, entre los dos y los tres años, niñas y niños saben referirse a sí mismos en femenino o masculino, aunque no tengan una elaboración cognoscitiva sobre la diferencia biológica; diferencian la ropa, los juguetes y los símbolos más evidentes de lo que es propio de los hombres y de lo que es propio de las mujeres. LAMAS (1994), pp. 7 y 8.

<sup>19</sup> BUTLER (2007), p. 58

<sup>20</sup> LÓPEZ PENEDO (2008).

## Segunda Parte

### El cuerpo generizado en el discurso jurídico

#### 1. El binarismo hombre-mujer

En el momento que se une un óvulo con un espermatozoide, se define un conjunto de cromosomas que, para ser viables, tienen que contener un cromosoma X; y dar lugar a combinaciones XX, XY (las más frecuentes) y otros conjuntos, más escasos pero existentes (como XXY o X deleción de X). Podría decirse, entonces, que hay cinco sexos en lugar de dos: hombre, mujer, *herms* (nacidos/as con un testículo y un ovario) *merms* (nacidos con testículos, pero también con indicios de genitales femeninos) y *ferms* (nacidos con ovarios, pero con algunos aspectos de genitales masculinos<sup>21</sup>). No obstante, los ordenamientos jurídicos reducen esta variedad biológica a dos categorías binarias: hombre y mujer.

Las etiquetas jurídicas *hombre* y *mujer* no recogen la variedad anatómica de los seres humanos, ni la disonancia que reportan varios sujetos entre sus genitales externos y su identidad de género; tampoco la orientación sexual/afectiva resulta determinada por el hecho de tener determinados genitales externos, o sentirse *hombre* o *mujer*. Aun cuando la identidad de género y la orientación de la sexualidad o del deseo están incardinadas en la corporalidad de los sujetos, influidas por ella en su ejercicio, no están encamisadas por la anatomía individual. Sin embargo, las normas jurídicas han asumido y reforzado esta idea contribuyendo a la producción y normalización de la heteronormatividad.

La iteración jurídica del binarismo hombre-mujer sirve a la conservación de la relación jerarquizada entre los individuos que habitan los cuerpos que son etiquetados como varones o mujeres. En efecto, al nacer, todos los seres humanos son registrados en una u otra categoría, según la configuración de sus genitales, es decir, el sistema jurídico corrobora esta clasificación, la aplica de por vida a cada individuo y deriva de ella un haz diverso de derechos y obligaciones. El binarismo hombre-mujer también sirve para naturalizar el caso hegemónico –la heterosexualidad– reduciendo la posibilidad de pensar en su alteración<sup>22</sup>. Como veremos en la tercera parte de este trabajo, ambas funciones aparecen, de manera muy nítida, en la regulación jurídica de la familia.

La positivización tardía de los derechos sexuales y reproductivos es un ejemplo elocuente de la fuerza de la dualidad hombre-mujer para establecer fronteras jurídicas. Cuesta encontrar dimensiones más genuinamente humanas

---

<sup>21</sup> VALS-LLOBET (2011), p. 70.

<sup>22</sup> BUTLER (2012), p. 71.

que la sexualidad y la procreación, no obstante, los derechos sexuales y reproductivos aparecen en la práctica jurídica recién en el tercer tercio del siglo XX. Originalmente, se plantearon como una demanda de autodeterminación procreativa, impulsada por la agenda feminista; y, a poco andar, como un reclamo de autonomía sexual, gracias al activismo LGBTQ<sup>23</sup>. Antes de su eclosión, los discursos jurídicos sobre la sexualidad y la procreación tenían una orientación indiscutiblemente conservadora, sedimentada en la naturalización del diformismo sexual y de la heterosexualidad.

Si bien los derechos sexuales y reproductivos han tenido éxito en relativizar la hegemonía del cuerpo generizado en el discurso contemporáneo, su resonancia política es inversamente proporcional a su garantía. En general, estos derechos son institutos frágiles, no son recogidos por las constituciones ni por las leyes, su protección depende de la actividad judicial (mediante el mecanismo discrecional de los derechos implícitos) y en los raros casos en los que son objeto de regulación explícita esta coincide con normas administrativas, la mayor parte de ellas vinculadas a reglamentaciones sanitarias.

## 2. El abuso del masculino genérico

Las feministas han llamado la atención sobre el uso asimétrico de las etiquetas hombre y mujer en el lenguaje jurídico. La etiqueta *hombre* y sus derivados (presidente, parlamentario, propietario, trabajador, juez, abogado, etc.) sirven para designar tanto a los varones como a la especie humana y a los grupos que la estructuran. Este segundo uso –que es predominante en el lenguaje jurídico– corresponde al denominado masculino genérico. En contraste, la etiqueta *mujer* solo designa al género femenino.

El abuso del masculino genérico en el lenguaje jurídico genera dos efectos perversos. Convierte lo masculino en algo jerárquicamente superior, debido a que la voz *hombre* y sus derivados, designa lo universal, lo permanente; mientras que la expresión *mujer* designa la particularidad, la contingencia, la diferencia. La pluralización de lo masculino y la singularización de lo femenino, acarrea, por extensión, que la experiencia y mirada femeninas sean suplantadas por la experiencia y mirada masculinas. Esto es lo que el feminismo denomina *androcentrismo*.

La reproducción sistemática en el discurso jurídico de una imagen sobrealorada de lo masculino y, correlativamente, de una imagen femenina devaluada y sesgada, es constitutiva de violencia simbólica. Bourdieu define esta clase de violencia como la imposición silente de una manera de mirar y comprender el

---

<sup>23</sup> La sigla designa el colectivo que comprende lesbianas, gays, bisexuales, personas trans y al movimiento queer.

mundo, que se caracteriza por afirmar y actualizar la preeminencia universalmente reconocida de lo masculino en las distintas estructuras de la vida social; creando un patrón cognitivo, admitido tanto por el dominador como por el dominado<sup>24</sup>. Según el sociólogo francés, la violencia simbólica es la clave de la perpetuación del orden de género.

La trivialización, menosprecio o, inclusive, ridiculización con las que tropiezan las raras iniciativas que promueven una revisión del lenguaje jurídico con miras a purgarlo del uso de masculino como falso universal, revela hasta qué punto el discurso jurídico está atravesado por el orden social de género. No hay jurista que ignore que el Derecho, en tanto discurso normativo, no es un mero reflejo de la realidad social y que está, al contrario, llamado a intervenir en ella. Por lo mismo, supeditar la transformación del discurso jurídico a un cambio previo en las dinámicas sociales –como suele invocarse en amplios sectores del mundo académico a propósito de este tema– equivale a invertir los términos de la relación entre norma y realidad social.

La prisa con la que se descartan, de otro lado, las ventajas que un ajuste del lenguaje normativo acarrearía para la certeza jurídica, resulta también sospechosa. No por casualidad la tradición jurídica ha promovido el uso preciso del lenguaje como forma de acortar la brecha entre representación lingüística y hechos. Tal práctica favorece la eficacia en la aplicación del Derecho. Por lo mismo, la preterición lingüística de las mujeres implica una severa distorsión de la realidad actual que urge corregir. Si en los siglos precedentes el porcentaje de mujeres que desarrollaban ciertas funciones sociales recogidas por las normas jurídicas –como la judicatura, el gobierno, las profesiones liberales, el trabajo asalariado etc.– era exiguo; ese escenario, sin duda, ha cambiado notablemente entrado el siglo XXI.

### 3. La dominación-sumisión en el discurso penal

Lo mismo que el binarismo hombre-mujer y el empleo excesivo del masculino genérico, la presencia de la concepción de la dominación/sumisión en el tratamiento jurídico de la violencia sexual ilustra la omnipresencia del cuerpo generizado en el imaginario jurídico.

Como es sabido, los códigos penales caracterizan el delito de violación sexual como una cópula no consentida. El art. 361 del Código Penal chileno, por ejemplo, señala que comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguna de las circunstancias que ahí se mencionan. La expresión *acceso carnal* ha sido

---

<sup>24</sup> BOURDIEU (2000).



interpretada por la mayoría de los penalistas chilenos como referida, únicamente, al acceso del pene<sup>25</sup>. Así, se ha descartado, en general, el uso de las prolongaciones o extremidades corporales como formas comisivas de la violación (por ejemplo, el uso de las manos o la lengua), las que son reconducidas, en cambio, a la figura del abuso sexual, que tiene menor penalidad. Sobre esta base, la doctrina penal chilena ha arribado también a otra conclusión: el delito de violación solo puede ser cometido por (o tener como sujeto activo a) un varón.

Curiosamente, aun variando las fórmulas lingüísticas empleadas por los textos legales para tipificar la violación, la doctrina penal llega, corrientemente, a la misma conclusión. Larrauri observa que, aun cuando el código penal español vigente no establece ninguna diferencia por razón del sujeto activo o de la víctima en el caso del delito de violación, por medio de interpretaciones diversas sobre el comportamiento castigado en el mencionado tipo penal, numerosos autores españoles siguen manteniendo la imposibilidad de que la mujer sea sujeto-activo<sup>26</sup>.

No parece, entonces, que la reconstrucción dogmática que viene realizando la doctrina penal, nacional y comparada, en relación con el delito de violación sea la simple resultante de una operación interpretativa, de carácter aséptico. La caracterización de la violación bajo el postulado implícito de que los cuerpos masculino y femenino son portadores *per se* de una dinámica de dominación-sumisión sugiere la presencia de la concepción de género descrita por Bourdieu en la *Dominación Masculina*. En otras palabras, cuando la doctrina penal sostiene que el cuerpo masculino constituye *lo dominante* y el cuerpo femenino es, en cambio, *lo dominado*, asume, de entrada, que las características anatómicas de varones y mujeres predeterminan una cierta interacción de poder. La erección fálica y la penetración son expresivas del poder masculino, de la potencia viril como potencia fertilizadora; mientras que la vagina encarna la pasividad, la sumisión, es decir, los descriptores sociales de una feminidad degradada. A partir de ahí se vuelve evidente que sólo el cuerpo femenino puede ser accedido, penetrado o invadido y que, por definición lo que accede, penetra o invade es el pene. La representación de que el hombre *debe estar arriba* y la mujer *debe estar abajo*, es, por consiguiente, más simbólica que material.

#### 4. El sesgo de género y las violencias invisibilizadas

Catharine MacKinnon ha desarrollado una consistente crítica que denuncia el sesgo androcéntrico de las reglas jurídicas que regulan la violencia sexual. La

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 242. Para un Resumen del estado de la discusión en el sistema chileno, CARRASCO (2007), pp. 137-155.

<sup>26</sup> LARRAURI (2002), p. 2

jurista norteamericana sostiene que dichas normas no contemplan definiciones objetivas, típicas o neutras de la violencia sexual. Para Mackinnon, la regla jurídica sanciona sólo aquello que es susceptible de considerarse una desviación de la norma social, constituida por la experiencia masculina.

Esta crítica puede descomponerse en tres afirmaciones coligadas: i) La violencia sexual es definida en función del punto de vista masculino. ii) Dado que en el aprendizaje social de la sexualidad masculina, violencia y placer tienden a confundirse, la regla jurídica incorpora el binomio poder-placer de una manera ambivalente, y iii) Lo que las mujeres consideran violencia sexual es, en general, irrelevante para el discurso jurídico<sup>27</sup>.

La práctica jurídica ofrece variados ejemplos que corroboran la aseveración de Mackinnon en el sentido de que la violencia sexual remite a la experiencia masculina. Pese a los avances en los estándares de prueba de los delitos sexuales, no es inusual que la comprobación de la existencia de un delito sexual quede entregada todavía a la significación que el propio agresor le atribuye al acto. Si él dice que tuvo la intención de que el acto no fuera sexual, entonces, se estima que no fue sexual; si él no lo consideró forzado, entonces no fue forzado<sup>28</sup>. Para validar la primacía de la mirada masculina, los operadores jurídicos invocan la existencia de pautas seductivas diferenciadas entre hombres y mujeres, asumen que ellas tornan inevitablemente equívoca la comunicación sexual y que no puede responsabilizarse penalmente a los varones por esa equivocidad.

Otro ejemplo de la primacía del punto de vista masculino se relaciona con el rol que se asigna a la evaluación del comportamiento sexual previo de la víctima en la prueba de la violencia sexual. La imagen de que sólo las mujeres vírgenes, púdicas o decentes son susceptibles de ser violadas, o la idea de que un “no” puede interpretarse como un “sí”, o que un “sí” inicial inhabilita a la mujer para negarse posteriormente ante el avance sexual masculino, siguen influyendo, hasta el día de hoy, en la valoración judicial de la existencia de un delito sexual, porque expresan el imaginario masculino sobre el sexo y la violencia<sup>29</sup>.

Por otro lado, el tratamiento jurídico de las figuras de abusos sexuales, demuestra nítidamente que la significación sexual de una conducta está asociada al binomio poder-placer. No importa si los criterios utilizados por la doctrina o por los tribunales son de orden objetivo (son actos sexuales aquellos que tengan la aptitud de excitar a otro), de carácter subjetivo (son actos sexuales

---

<sup>27</sup> Véase MACKINNON (1995), p. 237; MACKINNON (2014), p. 129.

<sup>28</sup> MACKINNON (2014), p. 133.

<sup>29</sup> DI CORLETO (2006), pp. 411-440; LARRAURI (2008), p. 37

aquellos que, en concreto, buscan satisfacer la apetencia sexual del agente) o una combinación de ambos, estos criterios reenvían siempre al placer sexual como requisito *sine qua non* del abuso sexual<sup>30</sup>. La presencia de la libido masculina transforma, entonces, la ocupación/invasión material del cuerpo femenino en un acto de dominación sexual.

Sin embargo, el uso del binomio poder-placer es problemático en el discurso jurídico-penal porque éste no sólo remite a la definición de un acto violento, sino también a la definición de un acto consentido. En efecto, el uso de la fuerza viene siendo aceptado por el pensamiento jurídico-penal como una estrategia de seducción erótica<sup>31</sup>, de suerte que, en la práctica, la definición de la violencia sexual depende menos de la fuerza empleada por el varón para concretar un acto sexual que de la resistencia expresada por la víctima. Así las cosas, unas veces, el binomio poder-placer será un ingrediente constitutivo de un delito, otras, en cambio, la expresión de un coito consentido. Para evitar esta ambivalencia, el discurso penal termina caracterizando la violencia sexual como una práctica sexual que implica uso de la fuerza y, además, carencia de consentimiento. Pero esa definición –como observa Mackinnon– es redundante. La fuerza está presente justamente porque el consentimiento está ausente<sup>32</sup>.

La última parte de la crítica de Mackinnon destaca el efecto de supresión del otro que produce la construcción totalizadora de la experiencia masculina y la colonización correlativa de la experiencia femenina. A diferencia de los varones, las mujeres aprenden, a muy temprana edad, que, independientemente de los medios utilizados, la violencia sexual está dirigida a humillar, degradar, fragilizar, avergonzar, someter, etc. Por consiguiente, en la experiencia femenina, no sólo la penetración fálica es vivenciada como un acto intrusivo o expropiador

---

<sup>30</sup> Un ejemplo de aplicación del llamado ánimo libidinoso puede encontrarse en una sentencia de un Tribunal mexicano que razonó, a propósito de la eventual concurrencia de un delito de pederastia, que, aun habiéndose acreditado que una menor de edad fue obligada a subir a la parte trasera de un automóvil y que varios individuos le jalaban la blusa que vestía, tocándole reiteradamente los senos, “tales elementos convictivos dan noticia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de cómo fue que tuvo lugar el tocamiento (elemento objetivo del abuso) empero no dan información de la lascividad de la conducta (elemento subjetivo del tipo). El abuso sexual no solo consiste en la conducta en forma objetiva, sino que es menester que el elemento subjetivo, esto es que dicho despliegue de acción haya sido con el ánimo de deleite carnal u obtener una satisfacción sexual o apetito inmoderado de sensaciones placenteras”. Tribunal de Veracruz, Sentencia de amparo, 159/2017-IV, 22 de mayo de 2017. Para una revisión de la doctrina chilena al respecto, Véase, RAMIREZ (2007), pp. 1-13.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, un texto del penalista argentino Sebastián Soler, expresa lo siguiente “no debe confundirse la verdadera violencia –que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que la del acto sexual mismo– con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que en realidad, desea y consiente”. SOLER (1992), p. 307.

<sup>32</sup> Véase MACKINNON (1995), p. 306.

de la integridad sexual. Una práctica sexual no deseada, independientemente de la manera o extensión corporal utilizada para instrumentarla, localizada o no en genitales o pechos, puede ser considerada por una mujer igualmente lesiva que un acceso carnal fálico. Sin embargo, la mayor parte de las veces, esta experiencia no resulta reflejada por la regla jurídica.

El tratamiento jurídico del acoso sexual es un claro ejemplo de lo anterior. Ni la ubicuidad del acoso sexual –presente en espacios tan diversos como la empresa, las universidades o las calles– ni su sistematicidad, han sido suficientes para elevar esta práctica a la categoría de injusto grave, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos. Al contrario, el acoso sexual prácticamente no es objeto de regulación jurídico-penal; es circunscrito comúnmente a las relaciones laborales (excluyendo otras manifestaciones como el acoso en las calles), reducido a los casos de chantaje sexual (excluyendo formas de acoso ambiental); caracterizado como un desequilibrio organizacional, cuya ocurrencia se atribuye, a menudo, a la víctima (quien no supo “poner oportunamente los límites”); y degradado a una disputa entre particulares<sup>33</sup>.

Hay formas de violencia sexual, aún más graves, que también son invisibilizadas por las reglas jurídicas. Una de ellas es la violencia sexual en el marco de dictaduras o de conflictos bélicos. A pesar de su regularidad histórica, esta violencia ha pasado relativamente inadvertida. Sólo a partir de la década de los 90, época en la que aquella se utilizó prioritariamente como herramienta de limpieza étnica en los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda, viene siendo objeto de atención, prohibición y castigo en el derecho internacional de los derechos humanos. En los discursos jurídicos internos, en cambio, no siempre es reconocida como una violencia política específica, subestimándose el subtexto de género en el que se inscribe<sup>34</sup>. Lo propio ocurre con los asesinatos misóginos, también llamados femicidios o feminicidios. Estos constituyen una forma extrema de violencia patriarcal, perpetrada, habitualmente, mediante agresiones y vejaciones sexuales, especialmente crueles. Si bien en Latinoamérica existe un buen número de códigos penales que introducen alguna figura inspirada en la noción de femicidio, no siempre estas conllevan una agravación del injusto vinculada al reconocimiento de la dimensión de poder implícita en estas prácticas, ni se distinguen adecuadamente de las figuras relativas a la violencia doméstica<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> PERNAS y LIGERO (2003), pp. 126-158.

<sup>34</sup> Diversas investigaciones demuestran que la violencia sexual en guerras y dictaduras es usada, sistemáticamente, como un instrumento de castigo y sumisión, destinado a producir daño sobre las víctimas individuales que la padecen, y, además, a servir como vehículo para lanzar un mensaje disciplinador sobre todo el colectivo de mujeres. Véase, por ejemplo, HINER (2009), p. 62 y ss.

<sup>35</sup> Véase PEREZ MANZANO (2016), pp. 17-65, TOLEDO (2017), p. 247.

Finalmente, conviene abordar la manera en la que se materializa este sesgo de género y cuáles son sus repercusiones prácticas. Para que la significación social y los márgenes de la violencia sexual hayan quedado moduladas por la experiencia masculina no se ha requerido una suerte de conspiración machista. Antes bien, este efecto es el resultado de lo que Celia Amorós denomina los pactos patriarcales. Estos últimos son acuerdos inconscientes, fluidos, metaestables y transitivos, vertebrados sobre un sentido constitutivamente referencial, que reenvía a la significación socialmente aprendida de la virilidad<sup>36</sup>. Gracias a ellos, los ejes simbólicos de la dominación sexual son trasvasijados desde el sistema sexo-género al sistema jurídico.

La alianza entre el enfoque masculino y el sistema jurídico, vertebrada a través de los pactos patriarcales, produce dos efectos significativos. En primer lugar, reduce el espectro gravitatorio de la violencia sexual a una estipulación parcial, hegemónica e interesada. Esto significa que las normas penales sobre la violencia sexual (y sobre otras clases de violencia que afectan a las mujeres) y los conceptos elaborados por la doctrina penal para su interpretación y aplicación no son neutros. Están atravesados por el género. En segundo lugar, dicha alianza delimita también las fronteras de la reconfiguración normativa impulsada por las leyes que castigan la violencia de género. Aun cuando las leyes penales se han modificado en muchos países, a resultas de los movimientos de mujeres, los pactos patriarcales afloran en los procesos interpretativos y logran reinstalar, en el mismo discurso punitivo destinado a eliminar la opresión que sufren las mujeres, un mensaje que sigue ubicándolas en un lugar de inferioridad, de sujeción o de invisibilización<sup>37</sup>. Más adelante, examinaremos este último efecto.

## 5. El cuerpo histerizado

Como hemos visto a propósito del tratamiento jurídico de la violencia sexual, más que una forma física, lo que verdaderamente constituye socialmente a una mujer es su posición subalterna en relación con el varón. El *cuerpo femenino* no es, entonces, aquel que tiene una vagina, sino aquel que puede ser reducido simbólicamente a este órgano. En términos foucaultianos, el cuerpo femenino es aquel que puede ser *histerizado*.

Según Foucault la histerización del cuerpo femenino implica un triple proceso de sujeción. En primer lugar, una calificación y descalificación del cuerpo de las mujeres como cuerpo completamente saturado de sexualidad. En segundo lugar, la identificación *per se* del cuerpo femenino con formas

---

<sup>36</sup> AMORÓS (2006), pp. 136-145.

<sup>37</sup> NÚÑEZ REBOLLEDO (2015), p. 244.

patológicas. Y, en tercer lugar, la puesta en comunicación orgánica de éste con el *cuerpo social*, cuya fecundidad debe asegurar; con el espacio familiar, del que debe ser un elemento sustancial y funcional; y con la vida de los niños; que produce y debe garantizar<sup>38</sup>

No hay que ir muy lejos para encontrar reflejos de esta triple *histerización* en el discurso jurídico contemporáneo.

### **5.1. Cuerpos hipersexualizados y cuerpos patologizados**

Los juicios sobre violencia contra las mujeres son un buen ejemplo de una narrativa del cuerpo femenino que reproduce las dos primeras versiones de histerización antes descritas. En la medida de que estos juicios suelen transformarse en verdaderas investigaciones sobre la “moralidad” de las víctimas, en ellos emergen imágenes de cuerpos femeninos hipersexualizados o patologizados. Así, es común que los tribunales rebajen la pena a los agresores invocando la “vida licenciosa” de las víctimas<sup>39</sup> o consideren que la existencia de una infidelidad (inclusive, la mera creencia sobre su ocurrencia) constituye “naturalmente” un estímulo capaz de causar arrebatos u obcecación en el agresor<sup>40</sup>. También es frecuente que aduzcan que las víctimas de violencia sexual (tanto mujeres adultas como niñas) son volubles, intrínsecamente mentirosas o menos confiables<sup>41</sup>. O que sostengan que las mujeres que matan a sus parejas en contextos de violencia doméstica no lo hacen en legítima defensa, sino que buscan vengarse<sup>42</sup> y que aquellas que se retractan de sus denuncias son seres irracionales y no merecen protección<sup>43</sup>.

Lo mismo que en el imaginario social, la narrativa jurídica concibe al cuerpo de las mujeres como la causa de las pasiones masculinas o como continente de un desarrollo moral/racional deficitario. En el primer caso, los cuerpos de las mujeres son retratados como incitantes, pecaminosos, desviados o emocionales. Por tanto, requieren ser ocupados, disciplinados, corregidos o castigados. En el segundo caso, la debilidad moral o racional de las mujeres justifica desoír sus voces.

---

<sup>38</sup> FOUCAULT (2013), p. 62.

<sup>39</sup> VICENTE MARTÍNEZ (2001), p. 6; DI CORLETO (2006), pp. 411-440.

<sup>40</sup> En este sentido, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, rol N° 159-2016, de 5 de abril de 2016, confirmada por la Corte de Apelaciones de la Serena.

<sup>41</sup> COOK (2010), p. 19.

<sup>42</sup> VILLEGAS (2010), p. 160 ; LARRAURI (2008), pp. 41-49.

<sup>43</sup> LARRAURI (2003), p. 272.

## 5.2. Cuerpos maternos

Los debates jurídicos que gravitan alrededor de la maternidad ofrecen imágenes de un cuerpo femenino subordinado a las necesidades reproductivas de las sociedades. En *Los cautiverios de las mujeres*, la antropóloga feminista, Marcela Lagarde, explica que la maternidad es concebida como una esfera de inteligibilidad social de la feminidad, en la que procreación y cuidado configuran un continuo. El cuerpo femenino es simbolizado por las sociedades como un espacio de generación de vida, antes y después del nacimiento, que no le pertenece a la madre sino al niño. En la representación social de la maternidad, el cuerpo femenino aparece, por consiguiente, como un cuerpo alienado<sup>44</sup>.

Probablemente, el terreno más fructífero para el desarrollo de esta metanarrativa de la feminidad/maternidad sean los debates sobre el aborto. En ellos, las figuras arquetípicas del *no nato* y de la madre son espejo una de otra; y ambas expresan, en conjunto, la alienación del cuerpo femenino. Lo mismo que un niño, el concebido no nacido es representado como un ser inocente y frágil, cuyo derecho a la vida justifica, en mayor o menor medida, la apropiación del cuerpo de la gestante. Correlativamente, la mujer que quiere abortar, es representada como una asesina, una insensible, una irresponsable o una promiscua; o, en su defecto, como una víctima de las condiciones sociales. Al margen de la posición que esos discursos adopten sobre la penalización del aborto (en contra o a favor), la mayor parte de las veces, la mujer que busca interrumpir su embarazo aparece simbolizada como alguien que, careciendo de razones o forzada por razones imperiosas, se desvía del destino natural de la maternidad<sup>45</sup>.

En consonancia con dicha representación, el sistema jurídico restringe el control de la propia gestante sobre su cuerpo, a través de reglas prohibitivas, o, más contemporáneamente, mediante el recurso a mecanismos limitativos del aborto, presentes tanto en los regímenes de permisos como en los regímenes de plazos<sup>46</sup>. Los referidos mecanismos configuran verdaderos dispositivos de poder-saber, inscritos en el contexto hospitalario, que destilan imágenes patologizadas

---

<sup>44</sup> LAGARDE (2005), p. 382.

<sup>45</sup> ZÚÑIGA (2018), pp. 98-105.

<sup>46</sup> Uruguay cuenta actualmente con un sistema de aborto a plazo. En el marco de un procedimiento de amparo e inconstitucionalidad promovido por el progenitor de un no nacido, una jueza uruguaya impidió a una mujer interrumpir su embarazo. La jueza argumentó que la ley exige que la mujer informe al médico “las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción”, que sólo serían “situaciones de penuria económica, sociales, familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso”. La jueza argumentó “que deben controlarse dichos extremos –requisitos– porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo”. Sentencia N° 06-2007, de 21 de febrero de 2017.

del cuerpo femenino. La mujer gestante, dominada por sus hormonas, es frágil y emocionalmente inestable. Precisa, subsiguientemente, acompañamiento, consejo, apoyo o disciplinamiento para poder adoptar decisiones reproductivas.

Con todo, los debates sobre el aborto no son la única narrativa jurídica en la que el cuerpo femenino aparece subordinado a las exigencias normativas del continuo reproducción-cuidado. Como observa Cecilia Hopp, a propósito del caso argentino, cuando un niño muere a manos de la pareja de su madre, o como resultado de una enfermedad u otra contingencia que no ha sido adecuadamente evitada o tratada, la madre queda expuesta a ser castigada penalmente como responsable de esa muerte. Esta posibilidad se concreta a través de diversas alternativas técnicas. A veces, se la imputa como cómplice de un delito comisivo; otras, como autora de un delito de omisión; o, simplemente, como responsable a título de imprudencia. Para justificar el reproche penal se invoca, unívocamente, su rol de garante. Empero, más que transgredir el rol de garante, lo que esas mujeres realmente transgreden es el estándar social de la maternidad. Aquel que presupone que a ellas les corresponde la protección exclusiva de sus hijos y que para cumplir apropiadamente esa función deben priorizar el bienestar del hijo ante cualquier otra consideración<sup>47</sup>.

La juridificación de la concepción social de la feminidad/maternidad y su aplicación descontextualizada –es decir, de espaldas a los efectos de un embarazo no deseado, del maltrato habitual, de la carencia económica o del factor cultural<sup>48</sup>– genera profundas injusticias para las mujeres. Implica expectativas que un grupo considerable de ellas (habitualmente, las más vulnerables) no puede satisfacer; o supone la exigencia de actos supererogatorios. Así acontece, por ejemplo, cuando las leyes obligan a una niña/adolescente a completar un embarazo, sea este o no resultado de una violación. O cuando un tribunal castiga penalmente a una mujer maltratada bajo la premisa de que ella debe siempre abandonar el hogar del agresor para proteger a sus hijos, sin importar si tiene a donde ir, en qué condiciones podría marcharse y cuáles serían los costos de esa decisión. En

---

<sup>47</sup> HOPP (2017a), pp. 167-195; HOPP (2017b), pp. 19-33.

<sup>48</sup> Un buen ejemplo es la sentencia recaída en el caso de Gabriela Blas, la llamada Pastora Aymara. El tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica sostuvo que estaba “acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que lo aseverado por los propios peritos de la defensa [...], al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma en que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento que se acerca a realizar su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior...”. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, rol 221-209, de 15 de abril de 2010, considerando 9º.



todos estos casos se ignora que la maternidad tiene efectos transversales en la vida de las mujeres; y que la violencia tiene impactos psíquicos profundos en las víctimas. Adicionalmente, se obliga a las mujeres a asumir riesgos elevados para su propia integridad físico-psíquica (compromiso de su salud o peligro de recrudecimiento de la violencia); a privarse del sustento básico, o a hipotecar su desarrollo personal futuro para satisfacer el ideal de maternidad<sup>49</sup>.

Cualquiera sea la narrativa social del cuerpo femenino, esta no siempre es presentada, de manera pura, en el discurso jurídico. A menudo, resulta engarzada en un set de conceptos jurídicos que, bajo una apariencia neutra o técnica, enmascaran representaciones sociales de género. A continuación, examinaremos algunas de estas estrategias.

## 6. El recurso a lo técnico como estrategia de tergiversación

Diversas autoras feministas han remarcado que debido a que las mujeres son concebidas como *el otro*, no se benefician de las protecciones previstas por las reglas jurídicas indiferenciadas. Esto ocurre –según MacKinnon– porque “existe una tensión interna entre un concepto de igualdad, que presupone la similitud, y un concepto de sexo, que presupone la diferencia”<sup>50</sup>. La falta de representación normativa de las mujeres conlleva, entonces, un efecto de vaciamiento de la subjetividad de punto de partida, que formalmente las incluye. Quiero explorar esta idea, pero llevándola a otro nivel. En lo sucesivo me propongo argumentar que la falta de representación jurídico-discursiva de las mujeres, puede provocar también una tergiversación de las reglas jurídicas específicamente previstas para proteger sus intereses y derechos. Esto sucede al utilizar categorías técnicas que tipifican y arquetipifican el bien jurídico protegido, despojándolo de su especificidad, y vaciándolo de contenido. Examinaré, a título ejemplar, dos casos: el *test* de consentimiento en los delitos sexuales y la falta de aplicación de la figura de femicidio en la agresión sufrida por Nabila Rifo.

### 6.1. Los delitos sexuales y el modelo de apreciación del consentimiento

Existe acuerdo en la doctrina penal actual en relación con que los delitos sexuales no protegen, como se sugería antaño, el honor o el pudor femenino, la reputación de las familias o la moralidad de las conductas, sino la libertad sexual de los individuos; especialmente de las mujeres. En consecuencia, el consentimiento respecto del acto sexual constituye el eje central de los delitos sexuales.

---

<sup>49</sup> HOPP (2017b), pp. 19-33.

<sup>50</sup> MACKINNON (2014), p. 58.

Linda Alcoff ha puesto de relieve que los tribunales aplican un modelo de inspiración liberal-contractual para descartar o corroborar la existencia de este consentimiento en materia sexual. Este modelo se caracteriza por asumir, de entrada, que toda mujer posee una capacidad para autodeterminarse sexualmente, similar a la de un varón; que esta libertad existe, al margen de cualquier relación social o familiar; que ella comprende la capacidad de acordar, de antemano, con otro sujeto, un uso determinado del propio cuerpo (el acto sexual); y que ese acuerdo –idéntico a un contrato– puede manifestarse, indistintamente, a través de formas explícitas o implícitas<sup>51</sup>.

Al utilizar este *test*, los tribunales arriban a conclusiones tales como que una prostituta o una mujer casada no pueden ser objeto de violación sexual. Una y otra, habrían decidido “enajenar” contractualmente sus cuerpos. O sostienen que, de no probarse inequívocamente una resistencia física, hay consentimiento, sólo que implícito. También reducen los casos típicos de falta de consentimiento a los actos sexuales ejecutados mediante fuerza o bajo amenaza grave hacia la víctima; y tienden a excluir, en cambio, aquellos que se producen en el marco de un entorno coactivo, derivado de una relación de autoridad, dependencia o poder. En consecuencia, el uso de este modelo contractual permite que los tribunales realicen, en definitiva, una verdadera operación regulatoria que estrecha no sólo el campo de la violencia sexual sino también, de quiénes pueden ser consideradas víctimas.

La propia Alcoff ha remarcado la especial inadecuación de este modelo de análisis en el caso de la violencia sexual que sufren niñas y adolescentes. Una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (España), ofrece un ejemplo del problema al que apunta la autora. El tribunal condenó a un hombre por abuso sexual continuado de su vecina menor de edad, en vez de aplicar el delito de agresión sexual, cuya penalidad es mayor. Si bien en su sentencia el tribunal tuvo en consideración que los actos comenzaron cuando la niña tenía cinco años, descartó el uso de violencia por parte del autor (requisito del delito de agresión sexual) porque estimó que no se probó “que la menor opusiera resistencia física o protestara, llorara o gritara, siendo habitual que volviera a la casa del acusado toda vez que éste le hacía regalos diversos para contentarla”<sup>52</sup>.

## 6.2. El femicidio y el caso de Nabila Rifo

Antes mencioné que la figura de femicidio constituye una protección específica ante la forma más extrema de violencia que sufren las mujeres. Dadas

---

<sup>51</sup> ALCOFF (2009), pp. 123-139.

<sup>52</sup> Audiencia Provincial de Cantabria, sentencia 77-2017, 2 de marzo de 2017.

las ingentes cifras de violencia machista en Latinoamérica, no es de extrañar que, en la última década, los códigos penales de la región americana se hayan reformado para recoger alguna variante de esta figura. Estas modificaciones comprenden conceptualizaciones amplias, inclusivas de las muertes de mujeres por razones de género, en manos de conocidos o desconocidos; y conceptualizaciones restrictivas, circunscritas a los casos de muertes de mujeres provocadas por sus parejas o ex-parejas. No siempre estas modificaciones implican una agravación punitiva respecto del homicidio. No obstante, cualquiera sea su extensión y penalidad, el femicidio constituye un caso paradigmático de figura penal género-específica.

Si bien nadie pone en dudas que las cifras de muertes de mujeres son alarmantes, el femicidio despierta –como advierte Patsili Toledo– resistencia de parte del mundo académico, de los tribunales y también de abogados/as y fiscales; lo que, unido a la falta de comprensión de sus elementos constitutivos, lleva a preferir la aplicación de normas neutras ya conocidas, como el homicidio o el asesinato, particularmente, cuando las penas son equivalentes<sup>53</sup>. El mediático caso de Nabila Rifo, refleja este tipo de resistencias y demuestra que la sustitución de figuras género-específicas por conceptualizaciones no genéricas, provoca una tergiversación normativa.

Nabila Rifo es una mujer chilena, agredida, por su ex conviviente, quien la golpeó, brutalmente, con dos bloques de concreto, le arrancó los ojos, y la dejó en la vía pública, inconsciente, bajo el frío de la madrugada. La mujer, sin embargo, sobrevivió. La Corte Suprema, al conocer un recurso de nulidad planteado por la defensa del condenado, reemplazó la sentencia del Tribunal Oral de Coyhaique –que había condenado por femicidio frustrado– por una sentencia fundada en el delito de lesión corporal simplemente grave, cuya penalidad es inferior al delito de femicidio.

Para descartar el femicidio frustrado, la Corte Suprema se sirvió de una doctrina penal que postula que se requiere dolo directo (y no basta el dolo eventual) para la comisión, en grado de tentativa o frustración, del delito de parricidio; y la aplicó, por extensión, al delito de femicidio, habida cuenta de que ambas figuras están contempladas en el art. 390 del Código Penal chileno. Adicionalmente, sostuvo que el hecho de que el agresor abandonara inicialmente el lugar del suceso y regresara, acto seguido, para extraerle, finalmente, los ojos a la víctima, indicaba que aquel no tenía ánimo de matarla sino sólo de causarle lesiones<sup>54</sup>. Así, la Corte Suprema terminó escindiendo artificialmente

---

<sup>53</sup> TOLEDO (2017), p. 247.

<sup>54</sup> La Corte Suprema sostuvo que “dado que la enucleación provocó en la víctima la imposibilidad de valerse por sí misma mientras no adquiriera las destrezas necesarias, ocasionando en su vida una

el episodio de violencia sufrido por Nabila Rifo, en dos tipos de conductas, distintas e incompatibles (a juicio del tribunal): matar y lesionar.

La interpretación que hizo la Corte Suprema de la violencia sufrida por Nabila Rifo conlleva una doble tergiversación. En primer lugar, al haber tratado el delito de femicidio como una simple variante nominativa del parricidio, la Corte Suprema confunde los bienes protegidos en ambas figuras. El parricidio es una figura penal, fruto de una concepción tradicional (en retirada en el derecho comparado), que considera al parentesco una circunstancia agravatoria *per se*. El femicidio, en cambio, es una forma agravada de violencia doméstica, introducida por la Ley N° 20.480, fundada en el hecho de que los vínculos de género al interior del hogar descansan sobre una relación de dominación-subordinación. Confundir parricidio y femicidio, equivale a suprimir el subtexto de género de la violencia que sufrió Nabila Rifo.

La segunda tergiversación ocurre al desdibujar tanto la especificidad material de la violencia sufrida por la víctima como su significación social. Cuando la Corte Suprema considera que la extracción de los ojos que padeció la víctima es incompatible con el dolo de matar, ignora que la violencia contra las mujeres implica, paradigmáticamente, humillación, crueldad, ensañamiento<sup>55</sup>, y el empleo de técnicas de control y de producción del dolor, similares a las empleadas en las prácticas de tortura. En consecuencia, matar y provocar intenso sufrimiento, son propósitos que coexisten en las dinámicas de esta clase de violencia<sup>56</sup>.

---

alteración de magnitud asimilable a la que causan los otros resultados mencionados en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, ese corolario de la acción del acusado, que en definitiva convertiría a la víctima en “una persona distinta a la que era antes del delito”, supone necesariamente que el autor en el segundo momento de la agresión había abandonado la intencionalidad homicida inicial y el propósito de privarle de la vida a la víctima, pues lo ahora buscado suponía precisamente causarle un detrimento y menoscabo en la forma de desenvolverse en la sociedad en su “diario vivir posterior al delito”, alterando la forma en que su “vida cotidiana” se venía desarrollando, haciéndola más difícil, casi invalidante de no contar con la ayuda, apoyo y rehabilitación indispensable”. Corte Suprema, rol 19008-17, 11 de julio de 2017, c° 59.

<sup>55</sup> En el caso *Velásquez Paiz y otros vs Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó nota “del contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, agravamiento del grado de violencia contra aquellas y el ensañamiento ejercidos contra los cuerpos de muchas de las víctimas, lo cual ocurre en un entorno de diversas formas de violencia contra la mujer”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Paiz y otros vs Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párrafo 192.

<sup>56</sup> MACKINNON, Catharine ha puesto de relieve que la única razón por la que los ordenamientos jurídicos no equiparan la tortura y la violencia de género/sexual es porque consideran que la primera es parte de un fenómeno político (los ejecutores son agentes estatales y los móviles son políticos), mientras que inscriben a la segunda, cualquiera sea su manifestación y sin importar si la víctima y el agresor están ligados o no por un vínculo familiar/sentimental, en la esfera de lo privado. MACKINNON (2006), pp. 432.

Encarna Bodelón sostiene que la tergiversación judicial de las diversas clases de violencia social que sufren las mujeres termina por producir otra clase de violencia encadenada: la violencia institucional. Cuando los tribunales transforman las violencias reiteradas y diversas que sufren las mujeres, en fenómenos puntuales, descontextualizados, banalizados y resituados en el universo de las relaciones privadas, no sólo desposeen simbólicamente a las mujeres de sus cuerpos. También perpetúan prácticas estatales discriminatorias e instauran barreras de acceso a la justicia no previstas en los enunciados legales. Todo ello se traduce en bajas tasas de condenas, derogaciones informales de las normas que castigan la violencia de género y atención revictimizante a las denunciantes<sup>57</sup>.

### Tercera parte

#### La familia como locus de construcción del cuerpo generizado

Como hemos visto, a lo largo de la historia moderna, la categoría mujer ha quedado definida a través de una relación específica con los varones. Más concretamente, mediante un conjunto de obligaciones de diversa naturaleza (personales, físicas y económicas) que han sido juridificadas y que tienen su fuente, aunque no sus límites, en la estructuración del espacio familiar. Entre otras obligaciones jurídicas, pueden mencionarse: los trabajos domésticos, los deberes conyugales, la producción ilimitada de hijos, la lactancia materna, y el cuidado de niños y niñas. Por consiguiente, el espacio familiar ha sido el *locus* jurídico, por excelencia, de la construcción del cuerpo generizado. En esta parte examinaremos, los entresijos de esta vinculación y sus manifestaciones actuales.

#### 1. La familia moderna y sus bases ideológicas

La modernidad se vertebró sobre el mito de la emergencia de la sociedad civil, como sustituta del estado de naturaleza. Sin embargo, en la lógica del contrato social, el estado de naturaleza sólo desaparece de la esfera pública. Permanece, en cambio, en la esfera privada, que es el reino de *lo femenino*. En el imaginario moderno, el matrimonio se erigió como una unión o sociedad de carácter natural –no como una asociación de iguales– en la que el varón era considerado un sujeto autónomo y la mujer, en cambio, era concebida como un ser dependiente. Como advirtió Stuart Mill en su célebre ensayo sobre *La sujeción de las Mujeres* (1869), a resultas del matrimonio, las mujeres eran sometidas a una especie de servidumbre, perdían el derecho sobre su patrimonio y sobre sus propias vidas.

---

<sup>57</sup> BODELÓN (2014), p. 142.

La transición hacia la sociedad industrial del siglo XIX trajo consigo a la familia nuclear; que, bajo la forma de unión matrimonial heterosexual, se consolidó como la forma jurídica familiar por antonomasia, y la base de la organización social patriarcal. Para que la vida familiar fuera un espacio de emancipación de los iguales (es decir, de los varones), era preciso que las mujeres se ocuparan de gestionar la dependencia de los demás miembros de la familia. En otras palabras, los cuerpos de las mujeres debían destinarse a crear las condiciones, materiales y simbólicas, para que los varones se insertasen, como sujetos plenos, en la política y en el mercado de trabajo. Por consiguiente, era imperativo que la familia quedara fuera de los márgenes de las exigencias de la justicia y la igualdad modernas.

La familia moderna debió ser encapsulada en el estado de naturaleza para poder legitimar la dualidad funcional del género como vector del patriarcado y del capitalismo. El discurso social del siglo XVIII y XIX sostendrá, en consecuencia, que la igualdad y la libertad modernas son pálidos intentos de organización de una sociedad individualista. La familia, en cambio, es la versión excelsa de la comunidad primaria y como tal precisa de valores superiores que trasciendan el egoísmo personal. Esos valores superiores serán rescatados de una suerte de estado presocial; enraizados en la tradición, la biología y los roles tradicionales de género. La complementariedad de los sexos emergerá, de esta manera, como un principio político bisagra, que permitirá organizar la relación entre las esferas pública y privada. La esposa cautelará las costumbres en la familia, el esposo hará las leyes y producirá el sustento en el espacio público<sup>58</sup>.

Este escenario ideológico se mantuvo relativamente inalterado hasta la segunda guerra mundial. Los cambios de la sociedad de postguerra desestabilizaron las bases en las que había descansado la sociedad occidental hasta la primera mitad del siglo XX. Las dos grandes restricciones modernas –ni ciudadana, ni trabajadora– se habían pulverizado en el marco del gran conflicto, y en lo sucesivo el acceso creciente de las mujeres a la educación, el voto y el empleo, terminará por catalizar la migración femenina desde *lo privado* hacia *lo público*. La imagen de la madre-ama de casa, magistralmente descrita por Betty Friedan en *Mística de la Femenidad*, constituyó un intento tardío de las fuerzas sociales de la postguerra para revertir este fenómeno.

Según Friedan, el propósito de la mística de la feminidad fue erigir al ama de casa en el referente de todas las mujeres, para así aplacar la creciente frustración femenina (*el malestar que no tiene nombre*, como lo llama la autora). La raíz de los males de las mujeres –propugnaba dicha mística– residía en envidiar a los varones, intentar emularlos en vez de aceptar la naturaleza femenina: aquella

---

<sup>58</sup> Al respecto FRAISSE (2000), pp. 165.

que sólo puede hallar la plenitud a través de la pasividad sexual y el nutricio amor maternal<sup>59</sup>. El mensaje era claro: una mujer *no debe parecerse* a un hombre, una mujer *no debe ser igual* a un hombre.

A fines de los sesenta y principios de los años setenta, el malestar de las mujeres y su deseo de cambio adquirió resonancia a través del resurgimiento del movimiento feminista. Este sindicó a la familia, sin ambages, como un lugar de opresión patriarcal. Con todo, las consignas virulentas contra la familia, terminaron por aplacarse en la década de los ochenta y dieron paso a reivindicaciones parceladas, como las relativas a la contracepción, el aborto, la igualdad de derechos respecto de los hijos e hijas, la capacidad de las mujeres casadas, etc. A ellas se sumaron otras formas de politización de la familia, vinculadas al movimiento LGBTQ. Ambas agendas combinadas, han terminado por abrir las discusiones político-jurídicas sobre quiénes pueden formar una familia, cuáles son los fines de estas, qué justifica sus ventajas respecto de otras formas de asociatividad humana y cómo deben repartirse entre sus miembros, las protecciones, las responsabilidades y las cargas de la vida familiar.

El escenario social que nos ofrece la segunda década del siglo XXI es claramente muy distinto al que marcó la emergencia de la familia moderna. El modelo actual de la familia se erige sobre el dogma de la autonomía de la pareja, descartando toda influencia de los ascendientes sobre la elección del/la cónyuge/conviviente, la que responde ahora a móviles, eminentemente, románticos. Desde el punto de vista jurídico, en general, las leyes reconocen a las mujeres el mismo haz de derechos que a los varones, inclusive en el ámbito privado-familiar. Sin ir más lejos, la gran mayoría de las constituciones de la región americana contienen normas de regulación de la familia, que involucran, al menos, en lo formal, un fortalecimiento de la posición jurídica de las mujeres; y que establecen la equiparación, total o parcial, entre uniones matrimoniales y extramatrimoniales<sup>60</sup>. Sin embargo, es igualmente evidente que las importantes transformaciones acaecidas en el espacio familiar durante las últimas cinco décadas<sup>61</sup>, aun habiendo impulsado una masiva incorporación de las mujeres al trabajo asalariado, han dejado incólume, en lo vertebral, la organización familiar basada en la división sexual del trabajo.

Como es de sobra conocido, la gestión del cuidado y de la dependencia en el seno de los hogares sigue descansando, porfiadamente, sobre las espaldas de las mujeres, aun cuando, en la actualidad, estas también desempeñan el rol de

---

<sup>59</sup> FRIEDAN (2009), p. 81.

<sup>60</sup> ZÚÑIGA y TURNER (2013), pp. 269-301.

<sup>61</sup> Para una profundización, véase BECK-GERNSHEIM, Elizabeth (2003), p. 280.

proveedoras económicas de las familias. Lo anterior provoca múltiples efectos perversos. Por de pronto, genera las dobles –o, inclusive, triples– jornadas de trabajo que sobrellevan muchas mujeres, y deja al descubierto que el empoderamiento de algunas de ellas en el ámbito familiar ha debido hacerse a costa de la precarización de otras tantas. Teniendo como eje y vector a la familia, la división sexual del trabajo ha sido capaz de traspasar las fronteras de la dicotomía público/privado, hilvanando un conjunto bien aglomerado de representaciones sociales y efectos que le sirven de asiento al sistema sexo-género en su conjunto. En las siguientes secciones examinaremos estas cuestiones.

## 2. El trabajo doméstico ¿explotación o amor?

Desde la década de los 70 del siglo pasado la teoría feminista y otros estudios sociales han puesto en evidencia la conexión umbilical entre el capitalismo, la minusvaloración del trabajo doméstico y la devaluación de la posición social de las mujeres. Estos estudios han mostrado que la mantención de un determinado modelo patriarcal de familia –caracterizado por el control de la sexualidad y de la procreación femeninas y por una gestión de la dependencia realizada exclusiva y gratuitamente por las mujeres– ha sido funcional no sólo para la perpetuación del patriarcado sino también para el establecimiento y expansión del modelo capitalista.

Entre otras, Silvia Federici ha puesto de relieve que el trabajo doméstico ha sido impuesto a las mujeres como si se tratara de un atributo natural, una necesidad interna, una expresión del instinto maternal<sup>62</sup>. Al fundirse con la concepción social de la feminidad y definirse por oposición al trabajo de mercado, ha logrado transformarse en un *no trabajo* o, en el mejor de los casos, en una actividad que no es susceptible de la retribución típica de una transacción mercantil<sup>63</sup>. Así, los bienes que las mujeres elaboran y suministran al interior del hogar (alimentación, aseo, cuidado, educación, contención emocional etc.) son simbolizados como un producto del amor y deben, congruentemente, ser recompensados únicamente con éste. La *doxa* de género logra reconvertir, como si se tratara de una hábil prestidigitadora, la explotación económica de las mujeres en un valioso privilegio. Nos hace creer que al ser el más valioso de los trabajos, el trabajo doméstico debe ser gratuito.

La condición no remunerada de las labores domésticas ha fortalecido, a su vez, la extendida creencia de que éstas no constituyen *per se* un trabajo. Por sorprendente que parezca, negarle valor al trabajo reproductivo es lo que

---

<sup>62</sup> FEDERICI (2011), p. 37.

<sup>63</sup> OKIN (2008), p. 170.



ha permitido enmascarar su enorme contribución política y económica. Como apunté antes, no sólo la independencia de los ciudadanos sino también la producción y reproducción de la fuerza de trabajo –vitales para el mercado– han sido posibles gracias a la gestión de la dependencia de niños/niñas, ancianos y personas con discapacidad, que realizan las mujeres en los hogares, de manera gratuita.

La mercantilización reciente del trabajo doméstico (es decir, su externalización) ha tenido la ventaja de poner de relieve el valor económico de esta actividad, al sujetar su transacción a un precio de mercado. Pero también ha develado que la sustitución del trabajo doméstico, por los servicios de limpieza y/o cuidado proporcionados por el mercado, tiene muy poco de subversivo desde el punto de vista de género. Las labores que algunas mujeres dejan de realizar en el hogar con motivo de su inserción en el mundo laboral, no son realizadas, tampoco, por sus novios, maridos o convivientes. Estas labores son descargadas, habitualmente, en mujeres pobres o inmigrantes. También han sido las mujeres más vulnerables las más afectadas producto de la merma en provisión de servicios públicos de cuidado (por ejemplo, guarderías), acaecida en Europa a resultas de las crisis financieras de los últimos años. Aquellas que no han podido delegar estas labores en otras mujeres, han terminado asumiendo una mayor cantidad de trabajo no remunerado, que, en otras circunstancias, habría sido realizado por el sector público o el privado. Todo ello ha profundizado el fenómeno de feminización de la pobreza<sup>64</sup>.

### **3. El trabajo doméstico en el pensamiento jurídico-político**

La escasa atención que ha recibido el trabajo doméstico no remunerado en los debates político-jurídicos y las pocas propuestas que sobre esta materia es posible identificar, corroboran la normalización de esta explotación económica. El trabajo femenino gratuito no es visto, en general, como una infracción a la prohibición de servidumbres. Si así fuera, debiera proponerse su prohibición o el establecimiento de un salario justo. Tampoco es teorizado, en general, como una causa explicativa de los fenómenos de discriminación que afectan sistemáticamente a las mujeres. Las pocas propuestas jurídicas de reconocimiento del trabajo doméstico que pueden rastrearse en el Derecho nacional y comparado, se reducen, en general, a las compensaciones económicas del Derecho de familia, a pensiones asistenciales u otros beneficios de seguridad social; y algunas fórmulas de corresponsabilidad en el cuidado, cuyo potencial de reconocimiento o retribución de esta clase de trabajo es muy limitado.

---

<sup>64</sup> Al respecto, MESTRE (2011), pp. 144-166.

Las compensaciones económicas, también llamadas prestaciones o indemnizaciones compensatorias, consisten en una prestación económica que un cónyuge o conviviente le debe al otro (el más “débil”) para reducir la disparidad de nivel de vida verificada al momento de la ruptura del matrimonio o de la convivencia. Aunque sus supuestos normativos suelen vincularse a la dedicación exclusiva o preferente de las mujeres al trabajo doméstico (ya sea que los textos legales lo digan expresamente o no), los criterios doctrinales o jurisprudenciales establecidos para su cálculo se orientan, en contraste, a hacer una prospección de la evolución previsible de la situación material de las mujeres, en caso de no haberse dedicado al hogar. Esta prospección tiene en cuenta, fundamentalmente, la calificación y trayectorias profesionales pasadas de esas mujeres<sup>65</sup>. De acuerdo a esta interpretación –que es la dominante– la compensación económica se limita a reparar el costo alternativo del trabajo doméstico; y no, necesariamente, reconoce su valor económico. Este enfoque termina por favorecer a las mujeres más cualificadas (con título profesional u otra certificación equivalente), en detrimento de las que no han accedido a mejor educación. Por añadidura, refuerza simbólicamente la idea de que el único trabajo con valor económico es aquel que se realiza en el mercado.

Por otra parte, las pensiones u otros beneficios de seguridad social destinados a aquellas mujeres que no han realizado actividad remunerada durante el período productivo, suelen ser de carácter asistencial y no indemnizatorio; mientras que las fórmulas de corresponsabilidad en el cuidado de niños y niñas, al interior de los hogares, son, por lo general, tan tímidas que es muy discutible que tengan un real potencial subversivo. Estas últimas consisten, generalmente, en reglas o propuestas normativas tendentes a facilitar una transferencia, parcial y voluntaria, de los permisos laborales de cuidado, desde las madres a los padres. De no mediar alteración convencional, estos permisos quedan radicados siempre en las madres, por disposición de la ley. Estas fórmulas tienen, según los datos disponibles en diversos países, un muy limitado impacto en las persistentes brechas de uso del tiempo al interior de los hogares<sup>66</sup>.

La muy discutible eficacia de las normas jurídicas antes referidas, tanto en el plano práctico como simbólico; y el desinterés generalizado de la doctrina jurídica por ofrecer mejores herramientas normativas para evitar la explotación económica del cuerpo femenino, podrían ser interpretados como una evidencia de que el discurso jurídico contemporáneo adscribe todavía a una

---

<sup>65</sup> SAYN (2016), p. 110; VIDAL (2008), pp. 289-321.

<sup>66</sup> Hay estudios de brechas de uso del tiempo entre hombres y mujeres publicados por el Inegi de México (2009); el INE de España (2016); y el INE de Chile (2016), entre otros órganos públicos a nivel comparado.

visión idealizada de la familia. Aquella que concibe al trabajo doméstico no como una explotación, sino como la expresión paradigmática de la existencia de un vínculo normativo entre la capacidad reproductiva de las mujeres (una función corporal) y el cuidado (una función normativa) enraizado en la idea de solidaridad familiar. En otras palabras, la discriminación sexual que ocurre en el espacio doméstico no sería vista, en sí misma, como un problema, porque la familia no sería (ni debería ser) una institución que distribuya igualitariamente las cargas. Creo que, si bien esta tesis no puede descartarse de plano, la irrupción e impacto de los debates constitucionales comparados sobre el principio de igualdad en la regulación de la familia, la vuelve menos plausible.

Una tesis alternativa a la anterior apuntaría, más bien, a la existencia de una ceguera normativa y epistémica en el discurso jurídico. Esta tesis ha sido examinada por Susan Okin, a propósito del tratamiento de la familia en las teorías de la justicia contemporáneas<sup>67</sup>. La tesis podría formularse en los siguientes términos: al no ocuparse debidamente de los presupuestos ideológicos en los que descansa el diseño normativo de la familia, el pensamiento jurídico-político contemporáneo ha dado por supuesto que la familia es una institución justa. Por eso ha omitido hacerse cargo de las condiciones efectivas de libertad e igualdad que la estructura familiar puede garantizarle a sus integrantes y no ha puesto atención en los efectos que de ahí se derivan para unos y otras. Al ignorar la distribución inequitativa del trabajo en el hogar, el discurso jurídico-político contemporáneo asume también que lo que ocurre en la vida pública –en la esfera de los derechos– es susceptible de independizarse de lo que ocurre en la vida privada. Es decir, sigue fiel a la teoría de las dos esferas.

Los dos elementos que componen esta segunda tesis son, en cualquier caso, erróneos. Como hemos visto antes, la genealogía de la familia moderna demuestra que ésta se ha concebido históricamente como una institución injusta, orientada a perpetuar la asimetría de poder entre hombres y mujeres. La evidencia actual corrobora que dicho diseño ideológico no ha cambiado sustantivamente en el tiempo. Por otra parte, desde el punto de vista del orden de género, la esfera privada y la esfera pública conforman un continuo. No son, como nos ha hecho creer el pensamiento contractualista, dos esferas separadas.

En el contrato sexual, Carole Pateman alerta sobre la incorrección de este punto de partida. De acuerdo a la autora: “El patriarcado es [...] visto como un problema familiar, privado, que puede superarse si las leyes públicas y las políticas tratan a las mujeres como si fueran exactamente iguales que los hombres. Sin embargo, el patriarcado moderno no está sustentado en primer término y sin más en la sujeción familiar de las mujeres. Las mujeres se comprometen en

---

<sup>67</sup> OKIN (2008), pp. 416.

relaciones sexuales con los varones y son esposas antes de convertirse en madres de familia. La historia del contrato sexual se centra en relaciones (hetero) sexuales y en las mujeres en cuanto que seres sexuados encarnados. La historia ayuda a comprender los mecanismos mediante los cuales los hombres afirman el derecho de acceso sexual a los cuerpos de las mujeres y reclaman el derecho de mando sobre el uso de los cuerpos de las mujeres. Más aún, las relaciones heterosexuales no están confinadas a la vida privada. El ejemplo más dramático del aspecto público del derecho patriarcal es la demanda de los varones de que los cuerpos de las mujeres se vendan como mercancía en el mercado capitalista: la prostitución es una gran industria capitalista”<sup>68</sup>.

La inexistencia de una frontera clara entre *lo privado* y *lo público*, explica el impacto transversal que tiene el imaginario de *lo doméstico* en la vida de las mujeres. Este imaginario termina constituyendo parte de lo femenino, al punto que todas las mujeres lo “arrastran” como un signo de inferioridad. Para aquellas mujeres que no realizan actualmente gestión de la dependencia (porque, por ejemplo, no tienen hijos o hijas), esta simbolización opera igualmente como una marca negativa. Por eso, los empleos y funciones que son definidos en atención a un conjunto de atributos identificados con *lo masculino* (la competitividad, la agresividad, la iniciativa, la creatividad, etc.), son ocupados, mayoritariamente, por varones. Las mujeres se concentran, en cambio, en los empleos pertenecientes al sector de servicios, los que son representados socialmente como vinculados a las tareas reproductivas (por ejemplo, la educación, y, en particular, la educación parvularia; la enfermería y la matronería)<sup>69</sup>.

El imaginario de *lo doméstico* explica también las brechas de ingreso. Las mujeres pueden realizar los mismos trabajos que los varones, pero aun así son simbolizadas como menos capaces que aquellos, y son tratadas, entonces, como peces fuera del agua. Al ser consideradas menos idóneas, reciben una menor retribución por su trabajo. Los oficios/trabajos feminizados configuran la única excepción a lo anterior porque se vinculan con atributos ligados a lo femenino. Empero, estos trabajos, regularmente, son peor remunerados que aquellos que se vinculan simbólicamente con habilidades masculinas.

En síntesis, la identificación de las mujeres con el cuidado y/o gestión de la dependencia, tiene efecto jerarquizante. Pone a todas las mujeres, independientemente de que desarrollen o no actualmente actividades de cuidado, en una posición categorialmente subalterna a la que ocupan los varones.

---

<sup>68</sup> PATEMAN (1995), pp. 28 y 29.

<sup>69</sup> FEDERICI (2011), p. 78.

#### 4. Maternidad e interés superior del niño. Roles e impacto en la pervivencia del cuerpo generizado

Hasta aquí hemos visto que el valor social de una mujer se ha vinculado al cumplimiento de ciertas funciones en la familia. Estas funciones son reproductivas en dos sentidos. Las mujeres reproducen la especie humana, al gestar. Y reproducen también la fuerza de trabajo, al cuidar. Ambas funciones han sido impuestas expropiando el cuerpo de las mujeres. Las leyes sobre el aborto y la lactancia<sup>70</sup> han instrumentalizado los cuerpos de las mujeres para garantizar la reproducción de la especie humana. Mientras que la apropiación económica de los cuerpos femeninos ha sido ratificada por el ordenamiento jurídico al no considerar, en general, reglas de reconocimiento, retribución y redistribución del trabajo doméstico.

En suma, el valor social de las mujeres no ha dejado de depender, aun en la actualidad, de la normatividad de la maternidad. La maternidad es un patrón de la virtud femenina que, paradójicamente, se ha vuelto más exigente en las últimas décadas. La buena o mala maternidad es juzgada en función de la capacidad de las mujeres-madres para satisfacer las necesidades de sus hijos e hijas. Estas necesidades, a su turno, han aumentado exponencialmente, debido al incremento de los discursos científicos sobre el particular. La psicología, la sociología y la medicina, entre otras ciencias, han creado un abanico incremental de exigencias sociales dirigidas a los cuerpos de las mujeres, que se inician incluso antes de que el niño/niña nazca. Éstas van desde la interdicción del consumo de tabaco, drogas y alcohol durante la gestación, pasando por la imposición de controles en el embarazo y la adecuación a ciertas pautas nutricionales, siguiendo con la sacralización de la lactancia materna –debido a sus insustituibles ventajas protectoras a nivel físico (control de enfermedades) y psíquico (teoría del apego)<sup>71</sup>– la estimulación temprana de niños y niñas, y así sucesivamente. La maternidad ya no sólo consiste en proteger a la prole de las experiencias duras de la vida, sino que constriñe a las mujeres a garantizar,

---

<sup>70</sup> El art. 18 del Código Sanitario chileno establece: “La leche de la madre es de propiedad exclusiva de su hijo y, en consecuencia, está obligada a amamantarlo por sí misma, salvo que por indicación médica se resuelva lo contrario”.

<sup>71</sup> El Mensaje que dio origen a la actual Ley N° 20.545, que creó el permiso postnatal parental, sostiene que “existe consenso entre los médicos respecto de la importancia que tiene el apego y la lactancia materna tanto para el desarrollo físico como intelectual del menor. La leche materna es la principal fuente de nutrientes que necesitan los niños para un mejor desarrollo. Los niños alimentados con leche materna son más sanos, ya que están más protegidos contra enfermedades como diarrea, neumonía, sobrepeso y diabetes, entre otras, y tienen mayores niveles de inteligencia”. Y Agrega que “la lactancia, el apego que se genera desde el nacimiento y durante los primeros meses entre la madre y el niño, es fundamental para su desarrollo futuro”.

a todo evento, el desarrollo óptimo de sus hijos e hijas. Atrapadas entre dos mitos contemporáneos, el niño-rey y la *superwoman*, las mujeres se desviven buscando nuevas estrategias para ajustarse a dicho modelo.

Como observa Drucilla Cornell, el programa feminista de protección de una identidad femenina autónomamente decidida (aquello que la autora denomina *la esfera imaginaria*) supone, entonces, desafiar la legitimidad de las obligaciones estatales que delinean la maternidad<sup>72</sup>. Vale la pena aclarar que las feministas no proponen que el Estado dispense completamente a las mujeres del cuidado de sus hijas e hijos. Más bien, reclaman formas alternativas de cuidado, más justas. Estas abarcan, entre otras demandas, el reconocimiento jurídico de estructuras familiares diversas a la familia nuclear heterosexual, el apoyo estatal para el cuidado (por ejemplo, redes de salas cuna y educación preescolar), beneficios económicos para madres solteras, y el establecimiento de reglas que responsabilicen a los varones, no sólo de la mantención económica de su prole, sino también del trabajo doméstico y de la gestión de la dependencia. Lo que sí cuestiona la propuesta feminista, en cambio, es la absoluta primacía del interés de niños, niñas y adolescentes, en relación con el desarrollo individual de sus madres. Es decir, la crítica feminista se proyecta específicamente respecto de la comprensión social del vínculo materno-filial y la forma en que dicha comprensión se refleja en las reglas jurídicas.

Cabe hacer notar que la centralidad de la posición jurídica de niños y niñas, ha sido alimentada fuertemente en el derecho contemporáneo por la irrupción, a finales del siglo pasado, del principio del interés superior del niño. Dada su textura abierta, este estándar, introducido por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, actúa como un verdadero significante flotante, es decir, como una norma ambigua. En las controversias de padres divorciados sobre el cuidado de hijos/hijas, por ejemplo, el principio del interés superior del niño puede traducirse en la necesidad de atribuir el cuidado personal a la madre, si el tribunal adscribe a la tesis de la supremacía del vínculo materno-filial en los primeros años; o en una custodia compartida, si el tribunal coincide con las teorías psicológicas que identifican el mejor desarrollo infantil con la presencia estable de las figuras del padre y de la madre. En muchos casos, la interpretación judicial del principio del interés superior del niño lo convierte en una suerte de derecho a “estar con el padre” y conlleva la relativización de las protecciones que el mismo sistema jurídico contempla para evitar que las mujeres queden expuestas a la violencia de sus ex-parejas.

El principio del interés superior del niño es, en consecuencia, susceptible de ser apropiado simbólicamente, tanto por los discursos a favor de la mantención

---

<sup>72</sup> CORNELL (2001), p. 54.

del orden social de género, como por los partidarios de su subversión. Con todo, la tendencia a interpretar este principio en una clave puerocentrista, en lugar de considerarlo una expresión particular de una reconstrucción normativa amplia, orientada a establecer una familia más justa, suele inclinar esta verdadera veleta hacia la primera dirección. En su breve recorrido jurídico, el principio del interés superior del niño ha servido menos para promover discusiones legales y jurisprudenciales sobre el cuidado compartido (es decir, como fórmula de redistribución de funciones parentales), y más para reciclar la ideología de la maternidad y de la heteronormatividad<sup>73</sup>. En efecto, los grupos defensores de los derechos del niño se han multiplicado, a lo largo del orbe, para exigir medidas coactivas respecto de mujeres embarazadas que consumen drogas, para reclamar la necesidad de que la lactancia materna sea impuesta como un derecho de los niños y no como una decisión de las madres y para demandar que las leyes de aborto sean rigidizadas. La normatividad de la maternidad es tan crucial en la construcción jurídica de la subalternidad femenina, como relevante en la definición de la posición jurídica de *los otros cuerpos*. Como señalé en la primera parte de este trabajo, *los otros cuerpos* son homologados al cuerpo femenino y etiquetados también como cuerpos degradados. De ahí que, sólo a partir del examen del rol del cuerpo femenino en la familia, puede comprenderse lo que está detrás de las discusiones sobre matrimonio homosexual o sobre identidad de género.

Como es sabido, las posiciones conservadoras se han opuesto a equiparar jurídicamente a las parejas heterosexuales con las parejas homosexuales.

---

<sup>73</sup> El caso chileno es un buen ejemplo. El antiguo texto del art. 225 del Código Civil, que establecía la preferencia legal de la madre para ejercer el cuidado personal, en caso de separación de los padres; ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional (rol 2306-2012) como una regla que *"no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños (...)"* (C.15°). Después de la reforma introducida por la Ley N° 20.680 de 2013, la que incorporó en el Código Civil el principio de corresponsabilidad, la doctrina mayoritaria ha considerado que la regla de corresponsabilidad es una manifestación exclusiva del principio del interés superior y no es una forma de articular una división equitativa de tareas parentales. En este sentido, ACUÑA (2013), pp. 21-59. Por último, en el marco de la discusión sobre el proyecto de despenalización del aborto en tres causales, la Corte Suprema manifestó reservas respecto de la regla de interrupción del embarazo que permite a las gestantes menores de 14 años interrumpir el embarazo con la autorización de uno sólo de sus representantes legales, a elección de esta última. De acuerdo con la Corte Suprema, una regla como la antedicha vulneraría el principio de corresponsabilidad contemplado en el artículo 221 del Código Civil al "privar al (representante) que no es elegido del deber y prerrogativa de velar por el interés superior del hijo planteado en el artículo 222 del Código Civil" Véase Oficio N° 48 -2015, de 25 de abril de 2015 INFORME PROYECTO DE LEY N° 9-2015, Boletín N° 9895-11.

A regañadientes, han admitido una ampliación del régimen patrimonial del matrimonio a las uniones civiles homosexuales, a condición de que la figura jurídica del matrimonio siga reservándose, exclusivamente, para las uniones heterosexuales. Desde la perspectiva del cuerpo generizado, la razón que explica esta posición es simple. Si un gay o una lesbiana son comprendidos, respectivamente, como un no-hombre que tampoco es mujer, y como una no-mujer que tampoco es hombre; entonces, la unión entre dos gays, entre sí, o dos lesbianas, entre sí, no puede recibir el mismo tratamiento que la unión entre un hombre y una mujer.

Para los detractores del matrimonio homosexual, la igualdad de trato entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales pone en riesgo la función de la familia como reproductora de la especie humana, porque dicha función comprende no sólo la procreación de nuevos seres humanos sino, sobre todo, la reproducción de patrones de género. En palabras de Diana Maffia, “la sexualidad restringida a fines reproductivos señala roles claros entre los sexos y un tipo definido de conformación familiar que facilitan la preservación de determinadas estructuras económicas. Nada le va mejor a la propiedad privada que la familia nuclear monogámica y la heterosexualidad compulsiva”<sup>74</sup>.

Desde luego, la justificación popular de la primacía social de la familia heterosexual no se expresa en los términos antedichos porque aquella busca superar la objeción de responder a una finalidad ideológica. Antes bien, la justificación popular— replicada en algunos círculos jurídicos —correlaciona la familia heterosexual con el bienestar de niñas y niños. De ahí que buena parte de las controversias jurídicas recientes sobre derechos de las personas homosexuales y de personas transgénero, terminen reenviando, también, a las exigencias normativas del principio del interés superior del niño. En efecto, las posiciones conservadoras esgrimen regularmente la defensa de la infancia y de la adolescencia para reivindicar el derecho de cada niño o niña a contar con un padre (varón) y una madre (mujer) y enarbolan los derechos parentales para inhibir la educación sexual estatal, o para impedir que el Estado le reconozca a niños y niñas la posibilidad de defender su identidad de género en contra del parecer de sus progenitores.

Todos estos alegatos son sordos a la evidencia disponible que apunta a la existencia de patrones más igualitarios en las relaciones homo-afectivas que en las hetero-afectivas o que corrobora que no existe diferencias notables entre quienes son criados por progenitores heterosexuales y quienes son criados por

---

<sup>74</sup> MAFFIA (1994), p. 11.



progenitores gays y madres lesbianas<sup>75</sup>. Los defensores de la familia heterosexual ignoran también deliberadamente que los movimientos por la diversidad de género no buscan establecer premisas epistemológicas prioritarias para quienes demandan cierta identidad de género, ni propugnan la necesidad de cirugías ni otras adecuaciones anatómicas, sino simplemente quieren insistir en que la sexualidad no se resume fácilmente ni se unifica a través de la categorización hombre-mujer<sup>76</sup>.

La jurisprudencia comparada e internacional ha ido, lenta pero progresivamente, descartando la existencia de un conflicto *per se* entre los derechos de parejas homosexuales y el interés superior del niño<sup>77</sup>. Sin embargo, en muchos países la discusión política sobre matrimonio homosexual continúa trabada, evocando impactos negativos de la orientación homosexual de los progenitores en relación con los procesos de construcción de la identidad sexual de los niños/niñas adoptados por estas parejas o nacidos a resultas de procedimientos de inseminación artificial o maternidad subrogada. Menos avance registran aún las leyes que reconocen el derecho de las personas a decidir su identidad de género. Ellas han puesto en el corazón del debate jurídico, con mayor radicalidad que las regulaciones sobre uniones homosexuales, las interconexiones entre lo erótico, lo afectivo y la identidad de las personas, trazando vínculos que no sólo van desde el cuerpo a la agencia individual sino, sobre todo, al revés. Mientras los grupos LGBTQ trabajan incansablemente para impulsar estas leyes y desmitificar, correlativamente, la idea de que el cuerpo alberga una verdad innata e inmutable, susceptible de ser revelada por el conocimiento médico-científico, y que al ordenamiento jurídico sólo le cabe certificar; miles de personas –sobre todo menores de edad– son sometidos a patologización y a violencia cotidianas, debido a que no encajan con las representaciones sociales del binarismo sexual.

## A manera de conclusión

Para el sistema jurídico, el cuerpo masculino y el cuerpo femenino configuran un binomio antinómico, que tiene su base en la familia y que resulta irradiado al resto del sistema. La mentada especificidad ontológica del cuerpo femenino es, por consiguiente, la resultante de una alteridad jerarquizada que implica un doble desposeimiento: el cuerpo femenino es concebido como lo contrario al

---

<sup>75</sup> STACEY y BIBLARZ (2003), pp. 51-98.

<sup>76</sup> BUTLER (2006), p. 22.

<sup>77</sup> En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Atala Riffo e hijas vs Chile* (2012) y *Fornerón vs Argentina* (2012).

territorio soberano –el cuerpo masculino– y, en consecuencia, es tratado como un territorio a ocupar. Lo propio ocurre, por extensión, con *los otros cuerpos*, aquellos que no se acomodan al cuerpo masculino ideal, los que resultan, por consiguiente, feminizados.

El imaginario de género permea transversalmente las normas y concepciones jurídicas, haciendo de unas y otras una caja de resonancia. Unas veces, recreando explícitamente las representaciones sobre el cuerpo femenino, otras enmascarándolas mediante el recurso a categorías técnicas. Así las diversas formas de apropiación del cuerpo femenino son corroboradas o tergiversadas por el discurso jurídico. Esto permite perpetuar dicho imaginario, incluso ante la presencia de normas protectoras de carácter género-específico.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA, Marcela (2013): “El principio de corresponsabilidad”, en: *RDUCN* (Volumen 20 N° 2 Coquimbo), pp. 21-59.
- ALCOFF, Linda (2009): “Discourses of Sexual Violence in a Global Framework”, en: *Philosophical Topics* (Volumen 37, N° 2, Global Gender Justice), pp. 123-139.
- AMORÓS, Celia (2006): *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para la lucha de las mujeres* (Madrid, Ediciones Cátedra).
- BECK-GERNSHEIM, Elizabeth (2003): *La reinención de la familia: en busca de nuevas formas de convivencia* (Traducc. Pedro Madrigal, Barcelona, Paidós).
- BELTRÁN, Elena (2015): “El cuerpo sin propiedad o propiedad sin derechos”, en: *Revista de Estudios Políticos* (Núm. 169, Madrid, julio-septiembre), pp. 137-166.
- BODELÓN, Encarna (2014): “Violencia Institucional y Violencia de Género”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (48), pp. 131-155.
- BOURDIEU, Pierre (2000): *La dominación masculina* (Traducc. Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama).
- BOYER, Amalia (2012): “Biopolítica y filosofía feminista”, en: *Revista de Estudios Sociales* (43), pp. 131-138.
- BUTLER, Judith (2007): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Traducc. María Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós).
- \_\_\_\_\_ (2012): *Deshacer el género* (Traducc. Patricia Soler, Barcelona, Paidós).
- CARRASCO, Edison (2007): “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en: *Revista Ius et Praxis* (13, 2), pp. 137-155.

- CARBONNIER, Jean (1955): *Droit civil*. Tome 1, Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales (Paris, PUF).
- COOK, Rebecka y CUSACK, Simone (2010): *Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales* (Traducc. Andrea Parra, Buenos Aires, Profamilia).
- CORNELL, Drucilla (2001): *En el corazón de la Libertad. Feminismo, sexo e igualdad* (Traducc. María Cándor Urduña, Madrid, Cátedra-Universitat de València).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2001): "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género", en: HURTADO, José (Dir.) *Derecho penal y Discriminación de la mujer, Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 83-100.
- DI CORLETO (2006): "Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación", en *NDP 2006/B*, (Buenos Aires-Editores del Puerto), pp. 411-440.
- FEDERICI, Silvia (2010). *Calibán y la Bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria* (Traducc. Verónica Hender y Leopoldo Touza, Buenos Aires: Tinta Limón).
- FOUCAULT, Michel (2013): *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir* (Paris, Gallimard).
- FRAISSE, Geneviève (2000): *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad* (Traducc. Magalí Martínez Solimán, Madrid, Cátedra).
- FRIEDAN, Betty (2009): *La mística de la feminidad* (Traducc. Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ediciones Cátedra-Universitat de València).
- HINER, Hillary (2009): "Voces soterradas, violencias ignoradas: Discurso, violencia política y género en los Informes Rettig y Valech", en: *Latin American Research Review*; (Volume 44, N° 3), pp. 50-74.
- HOPP, Cecilia (2017a): "Casas, Mauricio Agustín del Valle y otro". Comisión por omisión y perspectiva de género, en: Pitlevnik, Leonardo (Dir.) *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema* (Buenos Aires-Hammurabi), pp. 167-195.
- \_\_\_\_\_ (2017b) "'Buena madre', 'buena esposa', 'buena mujer': abstracciones y estereotipos de la imputación penal", en: Di corleto, Julieta (Coord.) *Género y Justicia Penal* (Buenos Aires, Ediciones Didot), pp. 19-33.
- IRIGARAY, Luce (2009): *Ese sexo que no es uno* (Traducc. Raúl Sánchez, Madrid, Ediciones Akal).
- JANOS, Erika y ESPINOSA, Agustín (2015): "Representaciones sociales sobre los roles de Género y su relación con la aceptación de mitos y creencias sobre la violencia sexual", en: Límite. *Revista Interdisciplinaria de Filosofía y Psicología* (Volumen 10, N° 33), pp. 5-15.

- LAMAS, Marta (1994): "Cuerpo: diferencia sexual y género", en: *Debate Feminista*, (Nº 10, septiembre), pp. 3-31.
- LAGARDE, Marcela (2005): *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas* (México, UNAM).
- LARRAURI, Elena (2003): ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª Época, Nº 12), pp. 271-307.
- LARRAURI, Elena (2008): *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica* (Montevideo: LDdef).
- LÓPEZ PENEDO, Susana (2008): *El laberinto queer. La identidad en los tiempos de neoliberalismo* (Madrid, EGALES).
- MACKINNON, Catharine (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado*, (Traducc. Eugenia Martín, Madrid, Ediciones Cátedra-Universitat de València).
- \_\_\_\_\_ (1995): *Are Women Human? And Other International Dialogues*. (Harvard University Press).
- \_\_\_\_\_ (2014): *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. (Traducc. Teresa Beatriz Arijón, Buenos Aires, Siglo XXI).
- MAFFIA, Diana (1994): "Lógica, sexualidad y política", en *Feminaria* (Año VII, Nº 12 mayo), pp. 10-13.
- MARTÍNEZ CANO, S. (2014): "Las mujeres desde el marco la doble visión de las mujeres en la imagen artística y la cultura visual", *Dossier Feministes* (18), pp. 227-243.
- MESTRE, Ruth. 2011. "La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (45), pp. 147-166.
- NUÑEZ REBOLLEDO Lucía (2015): "La violencia de género en la ley penal", en: Rodríguez-Shadow, María y Barba, Beatriz (Eds.), *Trabajo y Violencia, Perspectivas de Género* (México, CEAM), pp. 241-256.
- OKIN, Susan (2008): *Justice, Genre et famille* (París, Champs Essais).
- PALACIOS, Agustina (2015): "El modelo social de la discapacidad" en: Salmón Elizabeth y Bregaglio, Renata (Coords.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Lima, IDEHPUCP), pp. 9-34.
- PATEMAN, Carole (1995): *El contrato sexual* (Traducc. María Luis Femenías, Barcelona, Anthropos).
- PÉREZ MANZANO (2016): "Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género. Acción y reacción", en: *Rjuam* (Nº 34, 2016-II), pp. 17-65.

- PERNAS, Begoña y LIGERO, José (2003): *Más allá de una anomalía: el acoso sexual en la encrucijada entre sexualidad y trabajo*, en: Osborne, Raquel y Guasch, Óscar (comps.) (Madrid, CIS, pp. 126-15.
- PITCH, Tamar (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad* (Traducc. Cristina García Pascual, Madrid, Trotta).
- POLITOFF, Sergio, MATUS Jean-Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RAMÍREZ, María Cecilia (2007): "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y relevancia"; en *Política Criminal* (Nº 3 A4), pp. 1-13
- SAYN, Isabelle (2016): "La prestation compensatoire en France", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IDIBE, Nº 5 bis, nov.), pp. 101-122
- SOLER, Sebastián (1992): *Derecho Penal Argentino*, T. III, (Buenos Aires, Editorial Tea).
- STACEY y BIBLARZ (2003): "¿Importa la orientación sexual de los progenitores? (y si es así ¿cómo?)", en: Osborne, Raquel y Guasch, Óscar (2003) *Sociología de la sexualidad* (Madrid, CISC), pp. 51-98.
- VIDAL, Álvaro (2008): "La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (segundo semestre), pp. 289-321.
- VILLEGAS, Myrna (2010): "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal" en: *Revista de Derecho Valdivia* (Volumen XXIII-Nº 2), pp. 149-174.
- WITTIG, Monique (2010): *El pensamiento heterosexual y otros ensayos* (Traducc. Javier Sáez y Paco Vidarte, Barcelona, Egales).
- WOLF, Naomi (2013): *Vagina. Una nueva biografía de la sexualidad femenina* (Traducc. Fina Marfá, Barcelona, Kairos), p. 197.
- YOUNG, Iris (1996): "Vida Política y diferencia de grupo. Una crítica del ideal de ciudadanía universal", en: Castells, Carmen (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política* (Barcelona, Paidós), pp. 99-147.
- ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan (2013): "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", en: *Revista de Derecho de la UCN* (20), pp. 269-301.