

Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género

Contributions of the Feminism Legal Theory to Transitional Justice: Democratic Memory with a Gender Perspective

Aportes do feminismo jurídico à justiça transicional: a memória democrática com perspectiva de gênero

Manuel Sánchez-Moreno*

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 28 de julio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10224>

Para citar este artículo: Sánchez-Moreno, M. (2020). Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género. *ANIDIP*, 8, 1-28. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10224>

Resumen

El feminismo jurídico surge de las luchas por los derechos humanos, y, concretamente, los derechos de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual en el marco de una teoría crítica que ha modificado la forma en la que se interpreta el derecho. Identidades previamente excluidas reclaman ahora una presencia mayor y desarrollan herramientas para demostrar su desprotección e invisibilización ante el derecho. Partiendo de las propuestas teóricas feministas, se analizan las principales causas de este sesgo legal, como la forclusión o el fundacionalismo. También se retomarán elementos que consideramos clave para huir de un análisis esencialista, como la interseccionalidad, la inclusión de las personas LGTBIQA+ o las manifestaciones del sexismo. Desarrollaremos así una metodología jurídica feminista, que contrastaremos con las dimensiones de la justicia transicional y la lucha contra la impunidad: justicia, verdad, reparación y no repetición. Finalmente,

* Profesor contratado doctor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR); profesor asociado en la Universidad Complutense de Madrid (UCM); miembro del grupo de investigación "Género, estética y cultura audiovisual (GECA)", <https://www.ucm.es/geca>

este desarrollo teórico se ilustrará, en clave de género, con algunos casos emblemáticos, como la violencia sexual en tribunales internacionales, los juicios por delitos de lesa humanidad en Argentina o la querrela argentina por los crímenes del franquismo.

Palabras clave: feminismo jurídico; memoria democrática; justicia transicional; género; diversidad afectivo-sexual.

Abstract

Feminism legal theory arises from the struggles for human rights, specifically the rights of women and affective-sexual diversity within the framework of a critical theory that modified the way in which the law is interpreted. The identities previously excluded now demand a greater presence and develop tools to demonstrate their vulnerability and invisibility before the law. Starting from feminist theoretical proposals, the main causes of this legal bias are analyzed, such as foreclosure or foundationalism. We will consider some key elements to avoid an essentialist analysis, such as intersectionality, the inclusion of LGBTQIA+ people, or manifestations of sexism. Thus, we will develop a feminist legal methodology, which we will contrast with the dimensions of transitional justice and the fight against impunity: justice, truth, reparation, and non-repetition. Finally, this theoretical development will be illustrated, in gender terms, with some emblematic cases such as sexual violence in international courts, the trials for crimes against humanity in Argentina, or the Argentine lawsuit for the crimes of the Francoism.

Keywords: Feminist legal theory; democratic memory; transitional justice; gender; affective-sexual diversity.

Resumo

O feminismo jurídico surge das lutas pelos direitos humanos, e concretamente os direitos das mulheres e a diversidade afetivo-sexual no marco de uma teoria crítica que tem modificado a forma na que se interpreta o direito. Identidades previamente excluídas reclamam agora uma presença maior e desenvolvem ferramentas para demonstrar sua desproteção e invisibilidade no direito. Partindo das propostas teóricas feministas se analisam as principais causas deste sesgo legal como a exclusão ou o fundacionalismo. Também se retomarão elementos que consideramos chave para fugir de uma análise essencialista, como a interseccionalidade, a inclusão das pessoas LGBTQIA+ ou as manifestações do sexismo. Desenvolveremos assim uma metodologia jurídica feminista, que contrastaremos com as dimensões da justiça transicional e a luta contra a impunidade: justiça, verdade, reparação e não repetição. Finalmente, este desenvolvimento teórico se ilustrará, em chave de gênero,

com alguns casos emblemáticos como a violência sexual em tribunais internacionais, os juízos por delitos de lesa humanidade na Argentina ou a querrela argentina pelos crimes do franquismo.

Palavras-chave: feminismo jurídico; memória democrática; justiça transicional; gênero; diversidade afetivo-sexual.

Introducción

En este artículo pretendemos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cómo podemos hacer una lectura de los mecanismos de justicia transicional y memoria democrática con las herramientas aportadas por el feminismo jurídico? Esta pregunta se desagrega en otras marcadas por los distintos epígrafes y bajo una metodología de análisis de contenidos tanto teóricos como jurídicos con enfoque de género.

En el epígrafe 1 se analizarán las distintas teorías propuestas por los feminismos jurídicos y su razón de ser, para responder ¿por qué es necesario el feminismo en el ámbito jurídico? En el apartado 2 se verán las causas estructurales por las que luchan los feminismos, analizando las manifestaciones del sexismo y cómo estas impactan en el fenómeno jurídico, para responder ¿es posible analizar la discriminación/invisibilización del derecho desde un análisis feminista? En la sección 3 centraremos el tema en la memoria y la justicia, para ver cómo impactan diferencialmente las violencias de género en casos de grave violación de los derechos humanos, y su deficiente reparación posterior. Nos preguntamos ¿es posible desarrollar un método de trabajo en justicia transicional con enfoque de género? Finalmente, en la cuarta parte veremos algunos logros jurídicos que demuestran cómo el feminismo jurídico ha calado positivamente en favor de las víctimas para descifrar ¿qué precedentes jurisprudenciales y de cabildeo pueden ser útiles a la hora de visibilizar el género en el ámbito penal?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) surge como consecuencia del nuevo orden mundial. El imperativo de esta Declaración es proponer un concepto ético de dignidad de la persona desde la universalidad de estos derechos humanos. Pero esta propuesta emancipatoria de la humanidad es irrealizable debido a la exclusión de identidades operada mediante la interpretación del texto normativo.

Ocupándose de esta problemática, los feminismos como instrumento de lucha por los derechos de las mujeres y las personas LGTBIQA¹ han realizado aportes

1 Lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales, asexuales, *queer*, este último concepto en alusión a aquellas prácticas, identidades y expresiones no binarias y no incluidas en los anteriores conceptos.

que han ido generando cambios en todos los aspectos: social, político, cultural, religioso y jurídico, para intentar incluir a colectivos tradicionalmente excluidos en la construcción del mundo y de la titularidad de derechos: mujeres, grupos étnicos, personas con capacidades diferentes, personas en situación de pobreza, diversidad afectivo-sexual, etc., ensanchándose el proyecto social y de justicia del feminismo a otros colectivos. Recordemos que los primeros movimientos organizados de mujeres que luchaban por sus derechos, allá por el siglo XVIII, también se fijaron y lucharon por los derechos de otras personas infrarrepresentadas, como, por ejemplo, esclavos, pobres y particularmente LGTBIQA+. Estas nuevas visiones critican la invisibilización de las mujeres y de las personas que no participan de la sexualidad normativa en el proyecto de derechos humanos y de ciudadanía, ya que ofrecen una visión construida en torno a las necesidades, experiencias y aspiraciones del varón heterosexual y cisgénero.²

En definitiva, personas que, en la interpretación que se hace de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se tenían en cuenta, siendo necesaria la especificación. Esto crea bolsas de derechos para personas ‘diferentes’. Véase, por ejemplo, la Conferencia de Derechos Humanos de Viena (1993), donde se afirma la indivisibilidad, interdependencia y mismo peso de los derechos, así como que los derechos de las mujeres y las niñas son también derechos humanos, como consagra la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979). El reto ahora sería conseguir un consenso internacional que haga exigibles y judiciales los derechos de la diversidad afectivo-sexual.

En este texto no solo intentamos visibilizar y sumar colectivos y temas que han tenido un acceso deficitario a la justicia, sino deconstruir los modos de hacer del derecho. Este ejercicio nos parece estructural porque ¿qué sentido tiene visibilizar si no se cambian las estructuras misóginas y homófobas/transfóbicas con los que se aplica la justicia en términos generales? De otra manera se crean modos sostenibles de convivir con este tipo de justicia, que genera alguna casuística positiva en favor del género y la diversidad afectivo-sexual, pero en absoluto un procedimiento en un mundo de ‘varones’.

En esta propuesta metodológica no solo hablamos de mujeres, sino que ampliamos a la diversidad afectivo-sexual, como ya hemos anunciado, donde se encuentran las personas LGTBIQA+. La razón es que el propio concepto de género está vinculado a usos, prácticas o funciones asignados a varones y mujeres, incluyendo la sexualidad. El párrafo 5 de la Recomendación General 28 del Comité de la CEDAW explica que

2 Cisgénero se refiere a que la identidad de género autopercibida se corresponde con la asignada al nacer por su sexo biológico. Es lo contrario a transgénero.

género “se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y del hombre, y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas, entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer”.

Estos atributos y funciones estereotipados surgen del contrato en los Estados modernos, que tienen como medida al varón blanco heterosexual y cisgénero. Este contrato político subsume un ‘contrato sexual’ que establece relaciones de dominación (varón) en la esfera pública, subordinación (mujeres, niñas, niños, sirvientes, etc.) en la esfera privada y exclusión (mujeres reveladas, personas no heterocissexuales, disidencias sociales de etnia o clase, etc.) en la esfera criminal. Según Carole Pateman (1995), las mujeres no tenían cabida en el espacio público y político, ya que su destino era el de la esfera privada tutelada por los varones que dominan la esfera pública y racional (p. 144). Del mismo modo, los varones disidentes están del lado de la enfermedad y la criminalidad, dado que, para Celia Amorós (1991), se establece una masculinidad excluyente respecto a los varones con una sexualidad no normativa, generando un heterocispatriarcado³ como eje del sexismo o discriminación basada en el sexo que controla los cuerpos y prioriza la procreación (p. 30).

Tras la Segunda Guerra Mundial y con el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las propuestas neocontractuales y liberales no cambiaron de tendencia. Esto se debe a que, a pesar de que el contrato está roto y que las mujeres, las sexualidades no normativas y otros colectivos ya han sido reconocidos como titulares de derechos, su individualidad no es la misma que la del varón, puesto que el modelo de igualdad se abstrae en la masculinidad hegemónica. Las nuevas personas incluidas lo hacen sin modificar el patrón cultural y atávico del contrato sexual, construido con base en el binomio jerarquizado y esencialista del varón/mujer estereotipados. De este modo la pretendida universalidad de los derechos humanos queda sesgada.

Pero tener una herramienta tan poderosa como la Declaración Universal de los Derechos Humanos legitima aún más las luchas sociales que reclaman avances, en tres direcciones: más bienes, más sujetos y más identidades dentro de los derechos humanos (Bobbio, 1990, p. 72). Desde la teoría crítica, los derechos humanos son históricos en tanto que evolucionan con la humanidad, sus identidades y sus

3 El patriarcado como el dominio de los varones sobre las mujeres, supone también el dominio de unas identidades afectivo-sexuales y de género (heterosexualidad y cisgénero) normalizadas y hegemónicas sobre otras.

luchas, y su ampliación debería verse como algo natural y sin obstáculos (Herrera, 2007). Bajo este prisma, los movimientos sociales, a menudo ignorados en las conquistas políticas y jurídicas, son fundamentales para la institucionalización de nuevos derechos e identidades que responden a antiguas realidades. Aquí se enmarcan los feminismos, ante la crisis de representatividad democrática y con un principio de solidaridad ante los demás, especialmente hacia el “otro” históricamente marginado que, consciente de la exigibilidad de los derechos, lucha por su justiciabilidad, en un punto de no retorno (Rodríguez, 2011).

Comanducci (2000) afirma que a veces se sostiene que estos derechos no se refieren a todos los seres humanos, ya que no todos los seres humanos son considerados con características tan valorables como para ser titulares de estos derechos (pp. 24-25). Hay dos vías para este planteamiento: se excluye la titularidad de los humanos marginales o se incluye a todos los seres humanos, que es la lucha de los feminismos: “el derecho a tener derechos” (Arendt, 2004, p. 420).

1. El feminismo jurídico como metodología emancipatoria

En este contexto de reclamo social de los derechos humanos e identidades, se enmarcan las luchas feministas como reivindicaciones de los derechos de las mujeres, posteriormente de la diversidad afectivo-sexual y por extensión de los grupos infrarrepresentados. El feminismo jurídico propone una metodología emancipatoria con las premisas de que: los actores jurídicos no toman decisiones libres de sus creencias e ideología, el razonamiento jurídico está conectado con el político, las/os jueces tienen en cuenta normas no jurídicas en sus decisiones y los operadores jurídicos deberían ser sensibles a los hechos del mundo y las demandas sociales.

La historia de las mujeres, el estudio de sus particularidades y la identificación de sus discriminaciones, al igual que con el colectivo LGTBIQA+, revela que la ley no se adecua a más realidades que las del varón hegemónico (blanco, heterosexual, cisgénero, cristiano, clase acomodada). En este sentido, lo no percibido, nombrado, tipificado o interpretado como una amenaza o una necesidad no lo es, ignorando, por ejemplo, la violencia contra las mujeres. Lo que no se piensa como una situación real no tiene consecuencias reales para el agente jurídico, existiendo déficits en tipificación y aplicación legal.

Hasta ahora los feminismos han resquebrajado que las mujeres, las personas LGTBIQA+ y todo lo tocante a ellas, como la violencia basada en género y la violencia sexual, queden fuera del tratamiento legal. Siguiendo a Segato (2003), hay

una pervivencia del “residuo de la sociedad de estatus, premoderna, que antecede a la sociedad moderna y contractual constituida por sujetos sin marca (de género o raza) que entran en el derecho en un pie de igualdad” (p. 27).

Y cuando aparece, lo hace como una concesión ‘especial’ o un tema ‘exclusivo’ aparte de la figura del varón hegemónico: “El corpus legal sobre discriminación de género se entiende como un ‘asunto de mujeres’, reforzando el entendimiento que el varón no tiene género, es una criatura estándar que no tiene que preocuparse por los asuntos de género” (Finley, 1989, p. 888). El feminismo jurídico sospecha que el derecho y la justicia están transidos por los patrones heterocispatriarcales, de modo que invisibilizan todo lo que no se ajusta a este sistema de creación de conocimiento. En este sentido, las mujeres, las personas LGTBQIA+ y todo lo tocante a ellas, como la violencia basada en género y la violencia sexual, quedan también fuera del tratamiento legal. Solo aparecen para delimitarlos y criminalizarlos bajo la figura del varón hegemónico.

El proceso de creación, aplicación e interpretación de la norma está centrado en el varón, bajo el pretexto de la neutralidad que no es objetiva, sino parcial en su propio beneficio. A pesar de reconocer derechos de las mujeres y de las personas LGTBQIA+ y de tipificar determinados crímenes, que antes permanecían en la privacidad intocable para la justicia, como la violencia sexual, esta tendencia heterocispatriarcal sigue operando desde el punto de vista simbólico. Cambian las formas, pero la tendencia sigue funcionando bajo la capa de la universalidad de la ley y la abstracción de la igualdad. Aparentemente ya no es el derecho de varón hegemónico, pero sigue atrapado en sus propios marcos socioculturales. En palabras de Catharine MacKinnon (1995):

Las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y de la clase, estratificando también a las mujeres. El Estado toma esos hechos del poder social y los utiliza en la ley y como ley. Ocurren dos cosas: la ley se hace legítima y el dominio social se hace invisible. El legalismo liberal es, por tanto, un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad (pp. 427-428).

Con lo cual el derecho sigue siendo otro ámbito del heterocispatriarcado, que legitima estos ideales jurídicos, intrínsecamente discriminatorios bajo la pretensión de universalidad e imparcialidad. Estos ideales, según Young (1990), sustentan al Estado neutral, mantienen los procesos jerárquicos de toma de decisiones y

transforman el punto de vista de los grupos hegemónicos en universales. Una ética del consenso excluyente.

Ya no es solo una cuestión del texto normativo, que puede ser incluyente y no discriminatorio, sino de la interpretación de este y de la estructura y los mecanismos que siguen estando bajo un patrón heterocispatriarcal. Un ejemplo lo tenemos en la investigación de Susan Estrich sobre la violación sexual, demostrando que, a pesar de su penalización, los operadores jurídicos tienen ideas sobre las pruebas o las actitudes válidas que deben tener las mujeres. Esto lleva a la despenalización de las violaciones sexuales por parte de las personas conocidas o aquellas que se producen en citas (Jaramillo, 2009, p. 122).

A veces, estas estructuras tienen la estrategia de situar a mujeres al frente de ellas o en departamentos de género. Esto se ve en el ámbito de la justicia, pero, en palabras de Alda Facio (2000): “Es más fácil permitir la entrada de mujeres a las instituciones patriarcales que transformarlas. [...] es más fácil permitir que algunas mujeres lleguen a ser juezas de las cortes supremas que cuestionar los principios jerárquicos que organizan el sistema de administración de justicia” (p. 18).

Aunque introducir nuevas voces y experiencias diversas en puestos de mando es muy positivo, hay dos problemas: introducir a una mujer o a una persona LGTBIQA+ no es sinónimo de que estas personas no sean misóginas u homóforas/transfóbicas. En segundo lugar, no solo basta con introducir la diversidad y marcar cuotas de género en las instituciones, sino cambiar sus protocolos de actuación, que siguen siendo heterocispatriarcales.

Otro aspecto interesante del feminismo jurídico es el concepto de interseccionalidad. Para evitar hacer un análisis esencialista no basta solo con considerar al género como un asunto también referente a la diversidad afectivo-sexual, sino como una cuestión conexas a otras problemáticas. El debate de la interseccionalidad surgió en el centro del feminismo negro estadounidense, que, partiendo de las diferencias, criticaron al feminismo esencialista y a las luchas contra la discriminación racial que ignoran el género, apostando por una estrategia de insubordinación ante el patriarcado (Johnson, 2005, p. 21). Proponían la conexión de diferentes componentes de la identidad que, hasta ese momento, eran considerados de manera separada. El concepto va más allá de juntar identidades separadas para proponer una única identidad perteneciente a varias categorías. Esto amplía el derecho antidiscriminatorio clásico, donde las causales son limitadas y paralelas, jamás se cruzan. Kimberlé Crenshaw (1989) emplea por primera vez el término ‘interseccionalidad’ en 1989 cuestionando la tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y análisis excluyentes y no complementarias. El PNUD (2009) definió

interseccionalidad como “la discriminación compuesta, doble o múltiple y referida a la interacción entre dos o más formas de discriminación” (p. 2).

Partiendo de la interseccionalidad, Hutchinson (1999) propone la multidimensionalidad que “reconoce la inherente complejidad de los sistemas de opresión y las categorías de identidad social en torno a las cuales el poder social y el desempoderamiento es distribuido” (p. 9). Es decir, propone analizar los patrones de subordinación que producen las discriminaciones interseccionales, y ver cómo estos patrones están interconectados en un eje heterocispatriarcal, que excluye intereses sociales y jurídicos de personas con identidades no hegemónicas (Valdes, 1998).

Podríamos decir, haciendo una interpretación no solo cultural y socioeconómica de reconocimiento, redistribución y representación, según Nancy Fraser (2005), sobre la que luego volveremos, que la justicia puede llegar a reconocer estas identidades con base en un principio de igualdad, pero no distribuye justicia ni fomenta la representación con base en su diversidad. La citada autora afirma “la ausencia de un proyecto emancipatorio amplio y creíble, a pesar de la proliferación de frentes de lucha; una escisión generalizada entre las políticas culturales de reconocimiento y las políticas sociales de redistribución, y el alejamiento de las pretensiones de igualdad frente a una agresiva mercantilización y un agudo crecimiento de las desigualdades materiales” (Fraser, 1997, p. 7).

Se plantean problemas de redistribución de la justicia que, más allá del texto normativo, no se aplica por igual. Gracias a este desenmascaramiento hay una progresiva inclusión de las identidades, expresiones y prácticas de género que chocan con las antiguas estructuras jurídicas, que podemos articular en tres momentos:

Sistema sexo/género: inclusión esencialista y binaria de las mujeres en tanto oposición a los varones que se ejemplifica en el reconocimiento de la igualdad y la prohibición de discriminación como principio fundamental. Esta línea va desde el feminismo liberal que propugna la igualdad legal, hasta otro más radical que defiende medidas de equidad, como pueden ser las cuotas de género para favorecer el acceso de las mujeres al mercado laboral, por ejemplo. Como documentos más sobresalientes encontramos la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, especialmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), que tiene por objeto eliminar la discriminación contra las mujeres y asegurar la igualdad entre mujeres y varones. Esta Convención jurídicamente vinculante para los Estados signatarios es revisada

por un comité que elabora recomendaciones generales aclaratorias de cada uno de sus párrafos. No será hasta la Recomendación General 23 (1997) cuando aparezca el concepto género de manera diferenciada al de sexo. Y será explicado desde la sociología en la Recomendación General 24 (1999).

Sistema binario de orientación sexual e identidad de género: unido al binarismo sexo/género, supone una inclusión y descriminalización de personas LGTBQIA+ con leyes antidiscriminación, matrimonio igualitario o leyes trans que reasignan el género y el sexo binario autopercebido. Ya hemos visto que el sujeto del feminismo se amplía a estos otros colectivos. Este sistema y el siguiente no dejarán de ser polémicos, ya que cuestionan fuertemente cuál debe ser el sujeto principal del feminismo. Como documentos fundamentales, aunque no jurídicamente vinculantes, destacamos los Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006), que reconocen la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género y la protección de estas personas. Y la Declaración de la ONU sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (2008) reivindica los derechos humanos de todas las personas más allá de su orientación sexual e identidad de género. Es de destacar la labor previa de la CEDAW por visibilizar estos términos en las Recomendaciones Generales 25 (2004), 27 (2010) o 28 (2010).

Sistema queer: basado en la teoría *queer*, que aboga por la disolución de las categorías femenino y masculino, proponiendo no solo la performatividad del género, sino también del sexo biológico como construcción social. Supone la desintegración del binarismo en una multitud identitaria e interseccional que, de esta manera, escapa de la opresión binaria que conlleva ser designado incorporando una pluralidad de identidades oprimidas. Este sistema aboga por un tratamiento diversificado y protegido de la diversidad afectivo-sexual, supone la protección de experiencias y prácticas no binarias, como la creación administrativa de un tercer sexo o género neutro, o las medidas de protección médica e identitaria para los bebés intersexuales. Algunos ejemplos nacionales pueden ser el fallo del Tribunal Supremo de Australia en 2011 que determinó la existencia de un género no definido (X), además del varón (XX) y de la mujer (XY), teniendo presencia en documentos administrativos e identificativos. El reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de la India en 2014 a las personas transexuales como un “tercer género” (*hijras*) diferente del femenino y del masculino. En 2017 la Corte Suprema alemana ha establecido que los bebés nacidos intersexuales tengan esta opción en el registro como tercer género. Y también ese mismo año Canadá da reconocimiento administrativo desde el nacimiento al “género desconocido”.

Vemos cómo hay una evolución inclusiva, unos reclamos presentes, con visión de futuro, pero con base en una experiencia del pasado. También podemos afirmar que realmente no hay un feminismo jurídico, sino varios: el socialista, que incorpora críticas al capitalismo incluyendo el factor de clase social; el ecofeminismo ecológico; el negro y de la diferencia con temas étnicos y poscoloniales; el feminismo de la igualdad, que promueve la igualdad jurídica; el feminismo radical, que incorpora un trabajo político más estructural; o el feminismo *queer* o *cuir* —en su versión decolonial—, que aboga por la diversidad sexual de identidades. Aunque en todos ellos la base es la situación de desventaja de las mujeres y la lucha por la igualdad, van variando los sujetos, bienes e identidades.

Desde nuestro punto de vista, es posible trabajar a partir de un feminismo de la diferencia y radical (como vuelta a las raíces) que tenga en cuenta el principio de igualdad, pero también las cuestiones de diferencia que cercenan el acceso a los derechos de las mujeres biológicas. E incluir posturas *cuir*, sexualmente diversas y no normativas que, al compartir la lucha contra el heterocispatriarcado opresor, sirvan para sumar esfuerzos, apoyos, sinergias y coherencia con otras identidades, como es el caso de las mujeres trans. El trabajo está en sumar identidades sin postergar otras, evitando que la construcción de categorías se convierta en una normativa excluyente, y que la homogeneización de sujetos cree relaciones de subordinación. Así es precisamente como ha operado el heterocispatriarcado.

Esta propuesta de feminismo jurídico *cuir* propone una metodología emancipatoria con las premisas de que: los actores jurídicos no toman decisiones libres de sus creencias e ideología, el razonamiento jurídico está conectado con el político, las/os juezes tienen en cuenta normas no jurídicas en sus decisiones y los operadores jurídicos deberían ser sensibles a los hechos del mundo y las demandas sociales.

En cualquier caso, hay una crítica al universalismo de los derechos humanos que se considera poco práctico, poco efectivo. Por esta razón, y con base en los movimientos sociales, se elabora una teoría crítica de los derechos humanos que los ve como resultado de las luchas sociales y como un producto cultural y colectivo, que es justamente lo que hace que el eslogan feminista “lo personal es político” alcance todo su sentido de contrapoder como ley del más débil (Ferrajoli, 1999, p. 54). En todo esto encontramos la siguiente dinámica: denuncia de una situación pasada (discriminación histórica) que en algunos casos jurídicos puede ser imprescriptible y, por lo tanto, actual; por otro lado, reclamo de una situación presente conectada al pasado; y, finalmente, la propuesta un nuevo sistema de relaciones de poder para el futuro inmediato.

2. El sexismo: forclusión, abyección y repugnancia

Podemos ir más allá e intentar ir a las causas que motivan el actuar del feminismo jurídico. Debemos esclarecer que en este uso sesgado del derecho opera el fundacionalismo, que consiste en el uso de ciertas creencias establecidas hegemónicamente desde la fuerza, sobre las que se fundan nuevas creencias o conocimientos. Esta imposición hegemónica proporciona una presunta neutralidad y objetividad del derecho (Balkin & Levinson, 2008, p. 211). Las leyes y su interpretación vienen de personas superiores cuyo conocimiento es incuestionable —son varones o aplican este patrón— y al que no tenemos acceso.

Las creencias impuestas e incuestionables del fundacionalismo son la base de la forclusión, término psicoanalítico: algo/alguien que se ha repudiado de lo Simbólico y que reaparece en lo Real (Spivak, 2010, p. 17). Es el rechazo simbólico de un sujeto y un significante, que no aparece inscrito en el subconsciente. Un sujeto expulsado y excluido de la realidad, pero invisibilizado ante esta situación por la exclusión simbólica que tiene. La ‘forclusión’ opera a través de la negación del sujeto y significante, y de desmentir esta negación, con lo cual la invisibilización queda oculta y la discriminación ‘legitimada’. Para Butler (2004, p. 41), esta “forclusión” no es inconsciente, sino social e histórica, consintiendo relaciones de poder que subliman determinadas identidades para mantener su hegemonía.

El resultado es una exclusión pasiva, sin esfuerzo y sin consciencia de excluir, ya que se basa en un orden de las cosas ‘natural’, ‘universal’ e ‘histórico’ sobre el que se han construido los regímenes políticos y jurídicos de ciudadanía, por ejemplo. Solo recupera su consciencia y reduplica su violencia cuando las personas excluidas se quejan respecto a su situación y son capaces de vaciar los conceptos a través de los que “son hablados”, de resignificarlos o construir unos nuevos, superando el orden simbólico de la “forclusión” para avanzar hacia lo real (Zizek, 2008). Se puede decir que la forclusión es el germen de la construcción de la otredad, siendo los sujetos excluidos más perfectos las mujeres y las personas LGTBQIA+.

Según Martha C. Nussbaum (2010), esto responde a unas “políticas de la repugnancia”. Argumenta que el disgusto de la justicia a trabajar temas relacionados con el género o la homosexualidad reside en la ansiedad por la contaminación y el miedo de la naturaleza animal del cuerpo. De este modo se imagina el cuerpo y el ser sexualmente no normativo como susceptible de enfermedades, lleno de sustancias y con un uso desordenado. Es el miedo a ser manchado por temas que nos recuerdan la animalidad, la mortalidad, la naturaleza corporal. Al igual que ocurre con el cuerpo de las mujeres. De este modo el individuo se posiciona en una heterosexualidad falocéntrica. Todo lo que queda fuera y amenaza su hegemonía es duramente

relegado a la categoría de sujetos abyectos en el sentido que le da Kristeva (2004). La heterocisexualidad organiza y resignifica cuerpos e identidades en su papel no de opción sexual, sino de régimen de poder basado en el binomio jerárquico varón/mujer, excluyendo a todo lo demás (Butler, 2005, pp. 19-20).

A la repugnancia se suma la vergüenza en el tratamiento jurídico, que inculca una humillación especial a los temas de violencia sexual, conciliación, matrimonio igualitario, etc., como asuntos privados, domésticos y despolitizados (Nussbaum, 2006). Para Nussbaum, esto está presente en el racismo, en el antisemitismo, la misoginia, la homofobia o la transfobia. De alguna manera se siguen considerando grupos incivilizados, no son personas completas, por ello son más animales y corporales que personas con capacidad de raciocinio, facultad exclusiva del varón normativo. Esto no solo se puede extender a determinados colectivos, sino a determinados temas, como es la sexualidad que se usa para denegar el acceso a la justicia a mujeres y a personas LGBTQIA+ (Nussbaum, 1999, p. 15). Son sujetos y temas no solo relegados por la privacidad, sino también por la repugnancia y por la vergüenza, los tres factores intocables hasta hace poco por la justicia.

Esta concepción de los cuerpos hace que las violencias se oculten, particularmente la violencia sexual en tres patrones: la que se produce contra mujeres y niñas, la que se produce contra varones y niños (con una finalidad de feminizar y homosexualizar), y la que se produce contra personas LGBTQIA+. Todas deficientemente visibilizadas tienen como objeto someter a los cuerpos y mantener el orden heterocispatriarcal.

La expresión concreta de todo esto es el sexismo, como manifestación discriminatoria hacia el sexo femenino y todo aquello que no tenga cabida en las sexualidades normativas, abarcando una serie de manifestaciones como estas que proponemos reelaborando la propuesta de Margrit Eichler (1991):

Dicotomismo sexual: consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Esta dicotomía también se puede aplicar a la orientación sexual e identidad de género. Hasta tal punto de que todas ellas ocupan todas las esferas en las que vemos a las personas. En este sentido, una mujer es esencialmente una mujer con sus roles estereotipados y diferentes en todo a un varón, y un homosexual una persona que mantiene relaciones sexuales (raramente afectivas) con personas de su mismo sexo, y que no tiene nada que ver con una persona heterosexual. La orientación sexual/identidad de género se esencializa y no se ve como un aspecto más de la personalidad, sino determinante hacia comportamientos reprobables.

Deber ser de cada sexo: estereotipos marcados para cada sexo, basados en la creencia de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas

para un sexo que para el otro. En ellas una manera específica de ser heterosexual para cada sexo y de mostrar feminidad las mujeres, así como masculinidad los varones. Esto conlleva el desprecio, por ejemplo, de las mujeres lesbianas, que muestran actitudes o expresiones tradicionalmente consideradas masculinas.

Doble parámetro: similar a lo que conocemos como doble moral. Se da cuando la misma conducta, situación idéntica o característica humana, es valorada con distintos parámetros o instrumentos para cada sexo, que impone al género una serie de roles impermeables entre sí. Ocurre igual con personas no heterosexuales/no cisgénero, a las que no se admiten determinadas acciones consagradas al resto, como el matrimonio o la filiación.

Familismo: mujer y familia son sinónimos y comparten necesidades e intereses. Está asentado en la función reproductora de la mujer y en la distribución sexista del trabajo que atribuye a la mujer el rol de cuidado familiar. Esta mujer madre y cuidadora de la familia está por encima de la mujer como persona, con otras funciones e intereses, como los del trabajo fuera de casa, los de no contemplar su función reproductora o ser lesbiana. A su vez, se reprueban otras formas de familia: monoparentales, entre dos gais, dos lesbianas, etc.

Insensibilidad de género: ocurre cuando se ignora la categoría de género como una variable socialmente importante y legítima, es decir, cuando no se toman en cuenta los distintos lugares que ocupan las mujeres y los varones en su diversidad de identidades, prácticas, expresiones y situaciones en la estructura social, a favor del varón heterosexual estereotipado.

Sobregeneralización y sobreespecificidad: la sobregeneralización se manifiesta cuando un estudio, teoría o texto solo analiza la conducta del varón heterosexual cisgénero, pero presenta los resultados del análisis o el mensaje como válidos para ambos sexos y la diversidad afectivo-sexual. La sobreespecificidad expone como específico de un sexo y orientación sexual/identidad de género ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos sexos y de la diversidad afectivo-sexual.

Androcentrismo: es la manifestación del sexismo heterocispatriarcal más evidente que sucede cuando un comportamiento, estudio, análisis o investigación se enfoca solo desde la perspectiva masculina, presentando esta experiencia como central a la experiencia humana y, por lo tanto, como la única relevante. El androcentrismo tiene tres formas extremas de manifestarse: la misoginia, como el repudio a las mujeres; la ginopia, como la invisibilización de la experiencia de las mujeres; y la feminifobia, como el rechazo a lo femenino. Esta última fobia está también presente cuando se desprecia a varones con ademanes femeninos o 'pluma', o a personas trans, o cuando se ve la ausencia femenina como un valor.

Heteronormativismo y cisnorma: es la normalización y naturalización de la sexualidad y afectos de las relaciones heterosexuales y la identidad de género correspondiente con el sexo biológico, que rechazan cualquier tipo de diversidad afectivo-sexual. Tiene dos formas extremas de manifestarse: la homofobia/transfobia, como el repudio a las personas LGTBIQ+ y a lo relativo a la homosexualidad/trans; y la homonopia/transnopia, como la invisibilización de la experiencia de las personas LGTBIQ+ o lo relativo a las prácticas asociadas a la homosexualidad o a la expresión trans.

Frente a esto, Nussbaum propone unas “políticas de la humanidad”, basadas en la capacidad para imaginar y empatizar con las personas “otras” como seres humanos como los demás, merecedores del mismo tratamiento y respeto ante la ley. Es decir, personas titulares de plenos derechos. Este sería un ejercicio de superación para vencer en la justicia las anteriores emociones, que responden al orden heterocispatrilial.

En este sentido, propone que los sistemas educativos vuelvan a las humanidades (desarrollo humano), incluyendo el valor de la historia, la filosofía, los feminismos y las luchas sociales para la construcción democrática y ciudadana, frente a la tecnificación y productividad educativa, orientada al modelo productivo (desarrollo económico). Una educación humana hace desarrollar la empatía y compasión entre los seres humanos; promover un pensamiento crítico para construir nuevos escenarios consensuados; y entenderse como parte del mundo que comparte problemas y soluciones (Nussbaum, 2010). En nuestro campo, esto se traduce en una formación en las facultades de derecho y a los operadores jurídicos para que contemplen este bagaje en la redacción de textos normativos y su aplicación jurisprudencial.

3. Memoria y justicia

Si nos centramos en un aspecto de la justicia como es la transicional vinculada a la memoria democrática, podríamos desarrollar una metodología inclusiva desde el feminismo jurídico *cuir*. Memoria democrática alude a la recuperación de hechos pasados en el contexto de conflictos armados que desestabilizan o interrumpen una democracia, o a regímenes no democráticos que derrocan gobiernos legítimos.

Nos encontramos en una problemática. Bajo un enfoque de género es que se rescata un tipo de memoria heterocisnormativa, releyendo al olvido las otras experiencias. Se marca lo que tiene derecho a pasar a la historia oficial y lo que no: las memorias de ‘los vencidos’ tras un suceso traumático y como una transversal la memoria de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual. Estas enfrentan una serie

de limitaciones en los procesos de justicia transicional a la democracia (Bell & O'Rourke, 2007; Albertson Fineman & Zinnstag, 2013):

- Estereotipo de mujeres limitadas a la familia y a sus funciones como madre y esposa, relegadas al espacio privado, mientras que la diversidad afectivo-sexual sigue criminalizada e invisible.
- Interseccionalidad en las violencias contra las mujeres y la diversidad afectivo-sexual en dos sentidos: reciben una violencia interseccional por su condición de género o sexual, y además por factores religiosos o por pertenencia a grupos políticos, sindicales, etc., perseguidos. Factores que encubrirán las violencias de género durante procesos de justicia transicional, eliminando la interseccionalidad.
- Las mujeres aparecen fuertemente como relatoras del marido o de las/os hijas/os, no tanto de ellas mismas, al estar sus experiencias fuera del relato (en comisiones de la verdad) y de la justicia (en procesos penales). También la de naturalizar la violencia producida contra ellas. La diversidad afectivo-sexual no tiene relato.
- Falta de tipificación penal y de procedimientos judiciales accesibles y adecuados por género y diversidad afectivo-sexual.
- Estereotipo de la victimización de las mujeres y no reconocimiento de su resiliencia y capacidad de acción, que convive con el otro extremo: el no reconocimiento del estatus de víctima, como pasa con la diversidad afectivo-sexual. El contrapunto es el estereotipo de los varones como victimarios.
- Programas de reparación diseñados indistintamente para mujeres y varones sin considerar sus identidades y el impacto diferenciado que podrían tener las medidas de equidad.
- Falta de consideración de las víctimas indirectas respecto a sus familias, especialmente con las mujeres que, por sus familiares, principalmente maridos e hijos muertos o presos, padecen sufrimiento psicossomático, problemas económicos derivados de la dependencia financiera y la falta de tenencia de recursos, cambios en la situación familiar que truncan situaciones laborales y aspiraciones educativas, etc., que las convierten en sujetos de violencia directa.
- Exclusión familiar y comunitaria de la diversidad afectivo-sexual que hace de estas personas más vulnerables a los conflictos.

Aunque el derecho a la memoria no tiene una consagración jurídica, sí que guía cuatro dimensiones constitutivas de la justicia transicional y lucha contra la impunidad establecidas desde el *Informe Joinet* de la ONU (1996): derecho a la verdad, derecho a la justicia, derecho a la reparación y garantías de no repetición. Es una propuesta de justicia anamnética (Mate, 2003, p. 107) que se encarga de la reparación de estas víctimas y que sin un enfoque de género queda incompleta.

Aquí vamos a establecer una justicia anamnética basada en el feminismo jurídico de Nancy Fraser, que conceptualiza la justicia interrelacionando reconocimiento, redistribución y representación (Fraser, 2005).

El reconocimiento está en una esfera sociocultural, refiriéndose a la inclusión de diferentes identidades dentro de la sociedad. Desde la justicia anamnética nos podemos referir al reconocimiento de unos hechos históricos, particularmente de los vencidos, y al reconocimiento del estatus de víctima y de su memoria. La redistribución supone una redistribución equitativa de recursos desde una esfera económica. Basándonos en esto, vemos las reparaciones económicas fundamentadas en el reconocimiento de las víctimas. La representación desde una esfera político-estética aborda la participación de todas las personas en la discusión pública y la toma de decisiones, frente al “des-enmarque” de colectivos tradicionalmente excluidos. Desde la memoria se entiende como participación política y presencia de las organizaciones memorialistas dentro del Estado.

De este modo se puede aplicar esta metodología incluyendo los siguientes enfoques:

- *Enfoque de género y diversidad afectivo sexual*: especialmente referido a la invisibilización de las lesbianas en estos procesos de violencia, estando más ocultas en los reclamos que generalmente se refieren a los varones homosexuales.
- *Enfoque intergeneracional*: aunar las luchas de los movimientos de derechos humanos, feministas y LGTBIQA+ actuales con los memorialistas, mostrando que es necesario solventar las injusticias del pasado para tener una sólida base en el presente y futuro.
- *Enfoque interregional*: hacer intercambios entre países que han sufrido este tipo de violencias para sistematizar experiencias y buenas prácticas reparatorias.
- *Enfoque intercultural*: hay que tener en cuenta la interseccionalidad de género y diversidad afectivo-sexual con otras cuestiones, como la religiosa, el origen nacional o étnico, para ver las especificidades en cada caso y buscar la implicación de otros organismos, como iglesias, asociaciones de inmigrantes o grupos étnicos, cuyas identidades hubieran sido objeto de diversas formas de violencia.
- Nuestro mecanismo de justicia transicional quedaría así:
- *Derecho a la verdad*: obligación de revelar a las víctimas y la sociedad todo lo que pueda saberse con certeza sobre las circunstancias del crimen, incluyendo la identidad de los perpetradores e instigadores.
 - Mecanismos: se concreta en las comisiones de la verdad, bancos de ADN, recursos jurídicos como *habeas corpus* o *habeas data* en el caso de personas desaparecidas, exhumaciones, centros de documentación,

archivos y publicaciones que den cuenta de lo sucedido. También el fomento de la investigación académica.

- Reconocimiento de las víctimas y unos hechos y representación equitativa de los colectivos implicados. Crear comisiones de verdad paritarias, con diversidad cultural, intergeneracional, participadas por personas LGTBIQA+, aplicar una metodología feminista y contar con la participación de organizaciones feministas y LGTBIQA+ con el fin de tener testimonios. Si no hay comisiones de verdad por parte del Estado, crear comisiones de investigación por parte de organizaciones de la sociedad civil, académicas o desde la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, o en consorcio con los tres agentes mencionados. Crear un archivo público y accesible del género y de la diversidad afectivo-sexual que recoja en soporte audiovisual, material y escrito, testimonios y documentos, de modo que se fomente la investigación, las publicaciones y las producciones audiovisuales. En este sentido, es muy importante habilitar el *habeas data* con el fin de acceder a archivos policiales, militares, institucionales, eclesiásticos, etc., que puedan dar información de personas investigadas, exdetenidas, torturadas, desaparecidas o asesinadas. Este tema es importante para saber las razones y dimensiones de estas violencias diferenciadas. Recopilar buenas experiencias de otros países para ponerlas en práctica.
- *Derecho a la justicia*: en relación con el deber del Estado a investigar, perseguir y castigar. Es un derecho cuando se considera desde la perspectiva de la tutela jurídica a las víctimas y sus familias.
 - Mecanismos: principalmente dentro de la justicia retributiva, se concreta en los tribunales nacionales e internacionales para condenar a los victimarios y promover la reparación de las víctimas. Querellas populares, medidas de protección a los testigos o justicia universal. También puede incluir mecanismos alternativos de disputa.
 - Reconocimiento, otorgando el estatus jurídico de víctima y juzgando unos hechos, deberían existir fiscalías con grupos de trabajo específicos de género y diversidad afectivo-sexual.
- *Derecho a la reparación*: el Estado está obligado a ofrecer a las víctimas o sus familiares algún tipo de reparación.
 - Mecanismos: se concreta en la compensación económica, restitución de propiedades, memoriales públicos, arte, conmemoraciones o material

educativo. Esta dimensión pasa por la restitución económica, indemnización y pensiones vitalicias o complementos a las pensiones de personas expresas y sus familiares, que no solo no pudieron cotizar durante su período presidiario, sino que tuvieron una difícil reinserción social y laboral. Asistencia psicosocial específica, medidas de inserción laboral, formativas y educativas diferenciadas. Instauración de una cultura artística y audiovisual de la memoria que, frente a la desaparición del cuerpo o el cuerpo dañado apueste por un *habeas imago*, para que las víctimas estén re-presentadas, re-construidas, re-dignificadas.

- Redistribución en los aspectos económicos considerando la violencia de género y diversidad afectivo-sexual como un factor para tener en cuenta. Representación en las reparaciones simbólicas, como memoriales, placas, museos, monumentos en lugares de represión diferencial para las mujeres y las personas LGTBIQA+, el otorgamiento de calles y lugares públicos.
- *Garantías de no repetición*: el Estado debe prevenir ante las víctimas y la sociedad los crímenes del pasado.
 - Mecanismos: desmovilización, desarmamiento y reintegración de antiguos combatientes, reforma institucional o el control democrático del sector de seguridad. Depuración del funcionariado. Creación legal que proteja a colectivos vulnerables y que pene diferencialmente los crímenes cometidos (crímenes de odio, discurso de odio). Incluir estos temas en la educación reglada con carácter obligatorio tanto en asignaturas de educación en valores como en historia. Creación de planes estatales y provinciales de derechos humanos sensibles a estos temas.
 - Reconocimiento y representación: integrar en la organización del Estado institutos públicos con planes y presupuestos específicos que, alineados con un plan estatal en derechos humanos, luchen contra la discriminación de género y violencia contra las personas LGTBIQA+. Incluir programas de educación específicos que eliminen la misoginia, homofobia y transfobia. Reformas legales que eliminen leyes y condenas relativas a la diversidad afectivo-sexual, así como la promoción de nuevas leyes que penen la homofobia y transfobia, leyes antidiscriminación que promuevan la igualdad y medidas específicas que, por un lado, eliminen las desigualdades en el acceso a los derechos, como, por ejemplo, la integración de las personas trans al mercado laboral; y, por otro, sirvan para extender derechos como el matrimonio igualitario. Formación a las fuerzas de seguridad y ejército. Finalmente, hay que

mencionar el entorno educativo y cultural, fundamental para que, en el medio y largo plazo, mediante currículos académicos adecuados y el fomento cultural, las personas LGTBIQA+ y la igualdad de género se integren plenamente en la sociedad y Estado que un día les consideró prescindibles y ahora debe considerar lo contrario.

4. Algunos logros

Durante regímenes no democráticos o durante conflictos armados se produce un repunte de las violencias de género, destacando la violencia sexual, que se ha podido considerar dentro del crimen de lesa humanidad. La normalización histórica de las violencias de género, incluyendo, como venimos haciendo, a la diversidad afectivo-sexual, hizo que pasaran inadvertidas en los procesos de memoria, vuelta a la democracia y justicia transicional. Pero, en ocasiones, la justicia ha sabido romper esta impunidad.

4.1. Caso Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Esta, en 1998, es la primera condena mundial por crimen de genocidio después de un juicio ante un tribunal internacional. Además, se comenzó a definir violencia sexual bajo los patrones que desarrollarían las sentencias del tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia. Se consideró que la violación sexual puede constituir genocidio, reconociendo que esta y otras formas de violencia sexual pueden constituir crímenes contra la humanidad. La violencia sexual se llevaba a cabo principalmente de manera sistemática, en grupo y acompañada de serias mutilaciones e, incluso, de la muerte. Generalmente las mujeres eran raptadas en los lugares de refugio, como iglesias u oficinas comunales, o en barricadas realizadas durante el desplazamiento.

El 7 de junio de 1997, una mujer tutsi declaró que su hija de seis años había sido violada por tres hombres y que también había escuchado hablar de otras violaciones. La acusación inicial fue enmendada para incluir los cargos de violaciones sexuales y otras formas de violencia sexual cometidas en la ciudad de Taba, descritas en los párrafos 416 y 417 de la sentencia. La defensa argumentó que los cargos de violencia sexual estaban bajo la presión pública y no eran creíbles. Además, advertían que eran cuestiones “de interés para los psiquiatras, pero no para la justicia”. Las investigaciones de violencia sexual contra las mujeres siguieron desde ese momento en otros casos no solo por la fiscalía, sino por el especial interés de la presidenta del Tribunal entre 1999 y 2003, la jueza sudafricana Navanethem Pillay.

Dentro de los crímenes de genocidio se demostró el ataque generalizado o sistemático contra la población civil de Ruanda por motivos étnicos (*mens rea*), con el *dolus specialis* de la intencionalidad de destruir a un grupo específico, que es lo que

constituye el crimen de genocidio. El Tribunal reconoció así que la violación sexual podía ser constitutiva de genocidio si cuenta con la intencionalidad requerida para ese crimen (*dolus specialis* como *mens rea*). Esto se basa en que son actos que pueden tener como propósito destruir a un determinado grupo de personas, aunque no sean actos a través de los cuales se cometan directamente asesinatos. Se basan en la interpretación del artículo 2b), c) y d) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), que luego sería retomado en el artículo 6b), c) y d) del Estatuto de Roma (1998).

Esta sentencia es un logro del feminismo por considerar el crimen de violencia sexual como una ofensa diferenciada contra mujeres y niñas, que es un asunto judicializable y no privado. Considera el testimonio como prueba válida, dado que es un crimen que supone una ofensa para la víctima y su comunidad, y esto hace que esté particularmente fuera de los testimonios. Del mismo modo, lo ve en el contexto de las violencias patriarcales que usan los cuerpos de las mujeres como arma de guerra. Esta sentencia servirá para muchas otras y para la tipificación de estos crímenes en el Estatuto de Roma (1998) de la Corte Penal Internacional.

4.2. La violencia sexual en los juicios por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar en Argentina

Tras la anulación en 2003 de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, comienzan en 2006 los juicios por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar en Argentina (1976-83). Los delitos referidos a la violencia sexual vienen teniendo un lugar destacado. Así, en 2011 la Unidad Fiscal de Coordinación publica las *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, y en 2015 se hizo la *Guía de actuación para los ministerios públicos en la investigación penal de casos de violencia sexual perpetrados en el marco de crímenes internacionales*, en particular de crímenes de lesa humanidad. Estas guías son fundamentales para orientar la jurisprudencia y alejarnos del sesgo heterocispatriarcal de la justicia.

Para la visibilización de estos crímenes ha sido fundamental la participación de la academia y de organismos de derechos humanos y feministas como el Comité de América Latina y el Caribe por la Defensa de los Derechos de las Mujeres (Cladem) Argentina, que, junto con el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (Insgenar), presentó dos *amicus curiae*. El primero fue presentado en 2010 en la causa Riveros tramitada ante el Juzgado Federal de San Martín. Pese a que fue recibido con indiferencia, permitió que, por primera vez, organizaciones feministas se presentaran en causas de lesa humanidad, fundamentando que la violencia sexual

formó parte de los dispositivos represivos del terrorismo de Estado, y que provocó efectos diferenciados según el género de las víctimas.

El segundo *amicus curiae* se presentó en 2011 ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en la causa Menéndez, Luciano B. y otros, e incidió directamente en la prosecución de la causa con respecto a estos delitos. La línea argumental que sustentó esta decisión es coincidente con el contenido del *amicus*.

Otros ejemplos destacables son el caso Barcos de 2010 de la Sección de Santa Fe, donde fue condenado Horacio Barcos, por privaciones ilegítimas de la libertad y tormentos sufridos a Amalia Ricotti y José Alberto Tur, secuestrados en 1978 durante quince días. En este juicio se consideró por primera vez que los delitos sexuales cometidos contra las víctimas del terrorismo de Estado son un crimen de lesa humanidad, aunque aún subsumido al delito de tormentos, refiriéndose a la violación sexual sufrida por Amalia Ricotti.

El delito de violencia sexual se considera un tipo penal autónomo en el caso Molina de 2010 de la Sección Mar del Plata, donde el exsuboficial de la Fuerza Aérea Gregorio Rafael Molina alias ‘Charles’ o ‘Sapo’ fue condenado a prisión perpetua por los crímenes cometidos en contra de 40 víctimas del centro clandestino de detención La Cueva en Mar del Plata. En este caso se responsabilizó por primera vez a un integrante de las fuerzas armadas por dos casos de violación sexual en forma reiterada y un caso de violación en grado de tentativa contra mujeres. En la sentencia, el tribunal aseguró que las violaciones “no constituían hechos aislados ni ocasionales, sino que formaban parte de las prácticas ejecutadas dentro de un plan sistemático y generalizado de represión llevado a cabo por las Fuerzas Armadas durante la última dictadura militar”. También afirma que “asumir como ‘natural’ u ‘obvio’ que una conducta de las características de la violación sexual se realice contra personas de sexo femenino implica desconocer lisa y llanamente la perspectiva de género que atraviesa esta clase de delitos; perspectiva que, por lo demás resulta de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos”. En la sentencia se establece que la violación sexual en centros clandestinos de detención constituye un delito contra la humanidad, imprescriptible y que no necesita más prueba que el testimonio de la víctima.

Finalmente, debemos destacar que en 2020 el Tribunal de La Plata comenzará el caso del Pozo de Banfield, referido a un centro clandestino de detención, donde Valeria del Mar Ramírez, una mujer transexual, figura como querellante desde 2013, tras haber testimoniado en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en 2011 por haber sido objeto del ‘Comando Cóndor’ y secuestrada en dos ocasiones, en 1976 y 1977 en el citado centro clandestino de detención. Durante

su detención fue torturada y violada en repetidas ocasiones. Su caso podría ser la primera sentencia de crímenes de lesa humanidad en el contexto de terrorismo de Estado de una persona LGTBIQA+ (Sánchez, 2019, p. 170).

4.3. Querrela de las mujeres en la Querrela Argentina por crímenes del franquismo

En el marco de la impunidad que vienen teniendo los crímenes cometidos durante la guerra civil española y el franquismo en España (1936-1978), se han producido varias iniciativas por parte de la sociedad civil organizada. Una de ellas es la Querrela Argentina por crímenes del franquismo que, con base en el principio de justicia universal, se interpuso en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Buenos Aires en 2010. En realidad, la 'querrela argentina' agrupa a más de 300 querrelas y más de un centenar de denuncias. En 2016, la organización Women's Link Worldwide amplía este espectro y presenta una querrela para solicitar la investigación de los crímenes de género cometidos durante el franquismo. De los casos aportados, cinco se recopilieron gracias a sus familiares: Margalida Jaume Vendrel, las hermanas Daria y Mercedes Buzadé Adroher, Pilar Sánchez Lladrés y Matilde Lanza Vaz, asesinadas, víctimas de la violencia sexual y algunas de ellas en fosas comunes. El último testimonio es el de Lidia Falcón O'Neil, detenida y torturada en varias ocasiones, en la actualidad sigue buscando justicia.

Pero no son los únicos elementos de género que podemos sacar de la Querrela Argentina. En la actualidad hay unas 318 personas querellantes, de las que 135 son mujeres, 159 varones y 24 asociaciones. El total de víctimas es de 59 mujeres y 317 varones. Si bien hay cierto equilibrio en las primeras, en las segundas hay una evidente mayoría de varones. Esto no refleja la represión franquista, que, si bien pudo ser más mortal en los varones, en términos generales, teniendo en cuenta factores como la prisión, las torturas, la violencia sexual, la apropiación de bebés, etc., infringidas sobre las mujeres, la cifra no debería ser tan distante.

La tendencia es de mujeres que se querellan por víctimas varones, aunque hay muchas más mujeres víctimas directas que las que se han presentado a la querrela por ellas mismas. ¿Qué justifica estas ausencias? Es la tendencia a la invisibilización de género de la justicia, pero en este caso las mujeres víctimas no tenían quién las reclamase jurídicamente. Cuando ellas morían en prisión, lo más probable es que sus maridos también lo estuvieran o fueran asesinados, y, en caso contrario, si solo la mujer estaba en prisión o moría, difícilmente sobrevivían sus hijas/os, o eran dados en adopción, borrando su identidad, o por su situación de privación de libertad, el vínculo familiar se perdía, formando los varones una nueva familia.

El perfil de mujeres querellantes son las que denuncian por un familiar en situación de desaparición y/o muerte; por sus hijas/os robados; por ellas mismas al ser niñas recluidas en preventorios; o por otras mujeres, a las que no han conocido, pero que recuperan su memoria para llevarla a sede jurídica. Y el perfil de mujeres víctimas: madres y abuelas asesinadas, torturadas o detenidas; víctimas del exilio; torturadas en comisarías y centros de detención; y víctimas ausentes en la querrela. Es significativo que no haya casi mujeres de la guerra y primera posguerra. Criminalizadas y olvidadas (Sánchez, 2019, p. 317).

4.4. Caso Bemba (2016) de la Corte Penal Internacional

Tradicionalmente el delito de violencia sexual estaba estereotipado en la mujer como víctima y el varón como victimario, que sigue siendo la tendencia, pero no es exclusiva. También este tipo de violencia se ocultaba bajo el delito de tortura. La autonomía del crimen de violencia sexual sería considerada plenamente por la Corte Penal Internacional, regulada por el Estatuto de Roma (1998), donde se tipifica la violencia sexual como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y como medio para perpetrar crímenes de genocidio según la jurisprudencia, resultando los siguientes elementos de este crimen: violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otros crímenes de violencia sexual. Es destacable que el Estatuto usa la palabra *invaded*, invasión, no de manera casual; de hecho, el documento especifica que ese concepto pretende ser lo suficientemente amplio como para ser de género neutro, es decir, la persona que perpetra o la víctima puede ser una mujer o un varón. Esto supone una lectura más amplia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, al especificar la neutralidad del término.

La única aplicación práctica de esto la tenemos en el caso Bemba (2016), referente a crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en la República Centroafricana entre 2002 y 2003. La tipificación de violaciones sexuales contra varones como elemento material (*actus reus*) hacen que el tribunal liderado por la jueza Sylvia Steiner considere que la inversión del cuerpo de las personas es “neutral” al referirse tanto a varones como a mujeres. Por primera vez se prioriza el daño sobre el cuerpo y no sobre el sexo, eliminando todo tipo de discriminación en la aplicación de justicia. Esto puede ser positivo para las tendencias *queer/cuir* no binarias, pero también puede representar un problema si resta fuerza a la impactante violencia sexual contra las mujeres. Solo se puede trabajar desde la inclusión y sin postergar sujetos. Por otro lado, la sentencia no considera los fenómenos sexistas y de feminización/homosexualización de este tipo de violencia contra los varones

(Sánchez, 2018, pp. 10-12), ni se abre a otras identidades sexuales, que no llegan a ser explícitas en la Corte (Mackinnon, 2013, p. 110), sino a trabajar indistintamente el sexo masculino y el femenino desde posturas binarias.

Conclusiones

- El género como roles contruidos, estereotipados y de sometimiento de los varones sobre las mujeres incluye la diversidad afectivo-sexual y formas de exclusión entre los propios varones con una sexualidad no normativa y binaria.
- El principio de universalidad y el derecho a la igualdad consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se interpretan bajo patrones heterocispatriarcales y excluyentes.
- El fundacionalismo y el fenómeno sociológico de la forclusión como doble ocultación real y simbólica de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual sigue operando en las estructuras estatales y jurídicas.
- La ley y su interpretación se construye con base en las experiencias del varón normativo, desechando el género como un elemento propio de las mujeres que, en el mejor de los casos, requiere un tratamiento especial y en absoluto transversal o estandarizado en la construcción del fenómeno jurídico.
- La introducción teórica y vivencial del género y la diversidad afectivo-sexual se debe gracias a la incidencia de la academia y de grupos feministas y de liberación LGTBQIA+ en foros internacionales y en el plano nacional.
- Los feminismos se enfrentan al heterocispatriarcado de la ley desde dos posturas, incluyendo a las mujeres en el universalismo y la igualdad, o proponiendo la diferencia de todas las personas en unas identidades *queer* o *cuir* que quieren escapar del binarismo sexual, porque consideran que ahí está la trampa de la opresión.
- Hay un disgusto de la justicia para trabajar cuestiones de género, al considerarlas cuestionables, no neutrales o privadas, cuando no asuntos abyectos ajenos al equidistante ejercicio legal.
- La neutralidad e imparcialidad de la ley es una falacia que oculta patrones heterocispatriarcales, razón por la cual se debe recuperar la empatía, la humanidad y las ciencias sociales para construir, interpretar, modificar y analizar la normativa.
- La interseccionalidad y el análisis multidimensional son fundamentales para identificar el heterocispatriarcado presente en el derecho.
- El sexismo afecta tanto a las mujeres como a las sexualidades no hegemónicas, e impone diversos tipos de violencias presentes explícita o implícitamente en los textos normativos.

- Durante regímenes no democráticos o durante conflictos armados se produce un repunte de las violencias de género. La normalización histórica de las violencias de género, incluyendo las violencias de diversidad afectivo-sexual, hizo que pasaran inadvertidas en los procesos de memoria, vuelta a la democracia y justicia transicional.
- Si no se aplica un enfoque feminista, estos crímenes de género seguirán impunes, existiendo una doble victimización: la del hecho en sí y la de la impunidad procurada por la justicia.
- La violencia sexual es una violencia de género presente en conflictos armados y regímenes no democráticos que, por el estigma social, permanece especialmente impune.
- La importancia de la sociedad civil organizada, la academia y algunos agentes jurídicos sensibilizados con el tema para aplicar justicia e interpretar la legislación de una manera inclusiva y empática, sensible al género. En este sentido la formación es fundamental.

Referencias

- Albertson Fineman, M., & Zinnstag, E. (Eds.). (2013). *Feminist perspectives on transitional justice. From international and criminal to alternative forms of justice*. Cambridge: Intersentia.
- Amorós, C. (1991). Partidos políticos y movimientos sociales. *Cuadernos de Ciencias Sociales*, (40).
- Arendt, H. (2004). *Los orígenes del totalitarismo*. Ciudad de México: Taurus.
- Balkin, J. M., & Levinston, S. (2008). El derecho y las humanidades: una relación incómoda. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 9(1), 197-228.
- Bell, C., & O'Rourke, C. (2007). Does feminism need a theory of transitional justice? An introductory essay. *International Journal of Transitional Justice*, 1(1), 23-44.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turín: Einaudi.
- Butler, J. (2004). Universalidades en competencia. En J. Butler, E. Laclau & S. Žižek, *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda* (pp. 141-184). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Butler, J. (2005). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós.

- Comanducci, P. (2000). Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado. En M. Carbonell (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 21-42). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), 139-167.
- Eichler, M. (1991). *Nonsexist research methods: a practical guide*. New York: Routledge.
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del derecho. En G. Herrera (Coord.), *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y derecho* (pp. 15-44). Quito: Flacso.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fraser, N. (1997). Iustitia interrupta. *Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Fraser, N. (2005). Mapping the feminist imagination: from redistribution to recognition to representation. *Constellations*, 12(3), 295-307.
- Herrera Flores, J. (2007). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Hutchinson, D. L. (1999). Ignoring the sexualization of race: heteronormativity, critical race theory and anti-racist politics. *Buffalo Law Review*, 47(1), 1-116.
- Jaramillo, I. C. (2009). La crítica feminista al derecho. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado & L. Valladares (Comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 195-223). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Unifem-Naciones Unidas.
- Johnson, R. (2005). Gender, race, class and sexual orientation: theorizing the intersections. En G. MacDonald, R. L. Osborne & C. C. Smith (Eds.), *Feminism, law, inclusion: intersectionality in action* (pp. 21-37). Toronto: Sumach Press.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- Mackinnon, C. (2013). Creating international law: gender as leading edge. *Harvard Journal Law & Gender*, 36(1), 105-121.
- Mate, R. (2003). En torno a una justicia anamnética. En R. Mate & J. M. Mardones (Eds.), *La ética ante las víctimas* (pp. 100-125). Barcelona: Anthropos.

- Nussbaum, M. C. (1999). *Sex and social justice*. New York: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. C. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, M. C. (2010). *From disgust to humanity. Sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. México: Anthropos-UAM.
- PNUD. (2009). *Transversalización de la diversidad*. Recuperado de http://www.americlatinagenera.org/es/documentos/20100223_tranversalizacion_de_la_diversidad.pdf
- Rodríguez Palop, M. E. (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Sánchez-Moreno, M. (2018). Del sexo al cuerpo. Evolución histórica y jurídica de las violencias de género en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 22.
- Sánchez-Moreno, M. (2019). *Desalmadas y maleantes. La memoria de género en Argentina y España (1936-2018)*. Málaga: Universidad de Málaga.
- Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal, Provincia de Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes-Prometeo.
- Spivak, G. C. (2010). *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una historia del presente evanescente*. Madrid: Akal.
- Valdes, F. (1998). Beyond sexual orientation in queer legal theory: majoritarianism, multidimensionality, and responsibility in social justice scholarship or legal scholars as cultural warriors. *Denver University Law Review*, 75, 1409-1464.
- Young, I. M. (1990). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.
- Zizek, S. (2008). *Cómo leer a Lacan*. Buenos Aires: Paidós.

Jurisprudencia

- CPI, Sala de Primera Instancia III. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 21 de marzo de 2016, Doc. ICC-01/05-01/08.