

**Daniela Heim
y Encarna Bodelón González**

Coordinadoras

DERECHO, GÉNERO E IGUALDAD

**CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS
JURÍDICAS ANDROCÉNTRICAS
VOLUMEN I**

Grupo Antígona y "Dones i Drets"
Universitat Autònoma de Barcelona
<http://centreantigona.uab.cat/>

AUTORAS/ES

Encarna Bodelón González
Margarita Bonet Esteva
Glòria Casas Vila
Christine Delphy
José Antonio Fernández Amor
Miguel Ángel Sánchez Huete
Yolanda García Calvente
Mercedes Ruiz Garijo
Carolina Gala Durán
Lorena Garrido Jiménez
Chloé S. Georas
María del Carmen Gete-Alonso
y Calera
Daniela Heim
Rikki Holtmaat
Noelia Igareda González
Patricia Laurenzo Copello
María Luisa Maqueda Abreu
Sara Moreno Colom
Olga Paz Torres
Tamar Pitch
Blanca Rodríguez Ruiz
Ruth Rubio Marín
Ana Rubio Castro
Sonia Ruiz García
Carol Smart



DERECHO, GÉNERO E IGUALDAD

CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS
JURÍDICAS ANDROCÉNTRICAS



Derecho, Género e Igualdad

Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas
Volumen I

Coordinadoras Daniela Heim y Encarna Bodelón González

Encarna Bodelón González
Margarita Bonet Esteva
Glòria Casas Vila
Christine Delphy
José Antonio Fernández Amor
Miguel Ángel Sánchez Huete
Yolanda García Calvente
Mercedes Ruiz Garijo
Carolina Gala Durán
Lorena Garrido Jiménez
Chloé S. Georas
Ma. del Carmen Gete-Alonso y Calera
Daniela Heim
Rikki Holtmaat
Noelia Igareda González
Patricia Laurenzo Copello
María Luisa Maqueda Abreu
Sara Moreno Colom
Olga Paz Torres
Tamar Pitch
Blanca Rodríguez Ruiz
Ruth Rubio Marín
Ana Rubio Castro
Sonia Ruiz García
Carol Smart

Traducciones: Alejandro Piombo, Enrique Góngora Padilla y Magali Sánchez

Diseño de tapa: Alejandro Martínez Rodelas

Maquetación y diseño interior: Sergio de Paola [www.sergiodepaola.com]

Impresión: Impressus

Crta. de Hospitalet, 75 - 08940 Cornellà de Llobregat
Telf.: 934750720 - email: german@impressus.es

Edición: Encarna Bodelón González
Grupo Antígona UAB

Con la colaboración de:



Generalitat de Catalunya
Institut Català de les Dones

I.S.B.N.: 978-84-692-9190-0

Depósito legal: B-5581-2010



Presentación	7
Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía	9
Encarna Bodelón González	
Derecho penal y mujer ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?	27
Margarita Bonet Esteva	
Análisis del desarrollo de la mediación familiar en Francia desde una perspectiva de género	39
Glòria Casas Vila	
Género, raza y racismo: la prohibición del velo islámico (hijab) en Francia ...	59
Christine Delphy	
La realización del principio de igualdad de género por medio de la extrafiscalidad y el gasto público	77
José Antonio Fernández Amor y Miguel Ángel Sánchez Huete	
Reflexiones acerca de la introducción de la perspectiva de género en el sistema fiscal español: ¿modelo androcéntrico o modelo eficaz para alcanzar la igualdad de género?	93
Yolanda García Calvente y Mercedes Ruiz Garijo	
Nuevos contenidos de las Leyes de Igualdad: la responsabilidad social empresarial como nuevo instrumento de intervención	109
Carolina Gala Durán	
Los planes de Igualdad en las empresas: hacia un instrumento de aplicación y tutela del derecho fundamental a la igualdad sustantiva	123
Lorena Garrido Jiménez	
Colonialidad, “performance” y género: la saga de Lorena Bobbitt	137
Chloé S. Georas	
Persona, condición civil y género, igualdad (las reformas pendientes)	159
Ma. del Carmen Gete-Alonso y Calera	
El derecho como creador de identidades de género estigmatizantes y opresivas: el caso de la normativa vigente en materia de prostitución	175
Daniela Heim	
De igual tratamiento a igual derecho	191
Rikki Holtmaat	
El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad	211
Noelia Igareda González	

Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate	229
Patricia Laurenzo Copello	
Cuando el estado acosa a las mujeres. (A propósito del derecho a una sexualidad no coercitiva)	249
María Luisa Maqueda Abreu	
¿Es la conciliación un concepto exitoso y un objetivo político fracasado?	261
Sara Moreno Colom	
¿Del parto individual a la socialización de la maternidad? Análisis de la legislación histórica androcéntrica frente a los nuevos modelos jurídicos igualitarios	271
Olga Paz Torres	
Un recorrido fragmentado e inacabado	285
Tamar Pitch	
La democracia como democracia paritaria	299
Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín	
Ciudadanía y participación política de las mujeres en España	317
Ana Rubio Castro	
Línea histórica discursiva sobre trabajo y género: implicaciones legislativas	339
Sonia Ruiz García	
¿Repensando el Derecho de Familia?	355
Carol Smart	



Presentación

La facultad de derecho de la *Universitat Autònoma de Barcelona* organiza en el mes de marzo de cada año, desde el año 2002, unas Jornadas sobre Mujeres y Derechos, abiertas al público en general y a estudiantes de derecho en particular. Estas jornadas están pensadas como un espacio de formación en cuestiones de género y derecho.

En el contexto de la celebración de las Jornadas tituladas "*Mujeres y nuevas familias. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*", desde el Grupo Antígona de la *Universitat Autònoma de Barcelona* consideramos relevante organizar una segunda parte, de carácter internacional, especialmente dirigida a estudiantes avanzados/as, personal investigador y académico, activistas y profesionales de diferentes ámbitos con interés en debatir y reflexionar conjuntamente sobre diferentes aspectos vinculados al Derecho, al Género y a la Igualdad, que se estructuraron en tres ejes:

1. Ciudadanía
2. Leyes y políticas de igualdad
3. Igualdad y ámbitos de la teoría jurídica feminista

El Congreso tuvo una marcada temática jurídica y contó también con la participación de diferentes profesionales de la ciencia política, la sociología, la filosofía, la antropología y disciplinas afines, que comparten numerosos espacios de interés con las teorías feministas del derecho y que abarcan los ámbitos de debate señalados, presentándose como un foro de discusión, intercambio de ideas y tendencias, y de construcción de pensamiento sobre estos aspectos.

Para alcanzar los objetivos del Congreso, y con la intención de crear un espacio de debate lo más horizontal posible, desde Antígona propusimos un programa inicial semi-abierto, que contaba con dos ponentes invitadas con antelación y con tres ponentes que serían designadas al final de un proceso de selección de las comunicaciones enviadas durante el período de organización. Esta publicación es resultado de la selección de esos trabajos, los cuales se organizan en dos volúmenes: el primero de ellos se presenta en formato impreso y el segundo, en formato digital, pudiéndose consultar ambos en la página web de Antígona <http://centreantigona.uab.cat>.



Hemos de destacar el soporte y ayuda económica con la que contaron estas jornadas por parte del *Institut Català de les Dones* y asimismo poner de manifiesto que parte de los trabajos que se publican en este volumen son producto de la investigación realizada en el marco del proyecto I+D, titulado “Modelos de legislación en materia de igualdad de género: presupuestos filosófico-jurídicos e impacto jurídico-social (SEJ2006-07645), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y que actualmente gestiona el Ministerio de Igualdad.

Agradecemos a todas las personas con las que compartimos esta experiencia: ponentes, comunicantes, colaboradoras y asistentes al Congreso, sus interesantes contribuciones y el entusiasmo con el que vivieron junto con nosotras los días que duró este encuentro.

Grupo Antígona
Barcelona, septiembre de 2009.



LEYES DE IGUALDAD EN EUROPA Y TRANSFORMACIONES DE LA CIUDADANÍA

*Encarna Bodelón González
Profesora de Filosofía del Derecho
Universitat Autònoma de Barcelona
Coordinadora del Grupo Antígona*

Las nuevas leyes de igualdad aparecidas en España en los últimos años abren un nuevo espacio para el desarrollo de la ciudadanía de las mujeres¹. Este artículo pretende examinar el alcance y características de esta nueva legislación. Se trata de plantearnos si estos nuevos elementos normativos aportan cambios que estén propiciando una nueva forma de entender los derechos de las mujeres y la ciudadanía femenina.

En los dos últimos siglos las mujeres han denunciado la existencia de un modelo de ciudadanía construido, entre otros, sobre la exclusión de género. A finales del siglo XVIII se generó una nueva manera de excluir a las mujeres. Las nuevas formas de ciudadanía partían del reconocimiento de derechos civiles y políticos, pero estos derechos se negaron totalmente y/o parcialmente a las mujeres hasta el siglo XX.

Las nuevas cartas de derechos y constituciones legitimaron la ausencia de las mujeres de la dimensión política y civil de la ciudadanía, de la presencia en la vida política institucionalizada por los estados liberales. La lucha por los derechos civiles y políticos y su posterior reconocimiento no terminaron con las limitaciones de la ciudadanía para las mujeres.

A principios del siglo XX, la dimensión social de la ciudadanía, el reconocimiento de derechos sociales, impulsado por los modelos de estado del bienestar, se vio también claramente recortado para las mujeres (Sains-
.....)

1 Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León; Llei 9/2003, de 2 d'abril, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes (València) ; Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres; Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi); Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer (Balears). Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia; Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia; Ley 7/2007, de 22 de octubre, de Modificación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León ; Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

bury, 1996). Los modelos de estado del bienestar conectaron, a lo largo del siglo XX, el goce de los derechos sociales con un modelo de trabajo productivo prototípicamente masculino. Las políticas de *welfare* tuvieron una doble cara. Por una parte, supusieron un gran avance con respecto a las políticas liberales, pero, a su vez, marcaron los límites de los debates distributivos. La justicia distributiva moderna se asienta sobre nociones que no ponen siempre en cuestión la subordinación sexual. De este modo, en los estados del bienestar se produce una incorporación de las mujeres a los derechos civiles, políticos y sociales de ciudadanía, pero una adición marcada por el requerimiento de asimilación de las mujeres a un modelo de ciudadano masculino (Bodelón, 2007^a).

La no ciudadanía femenina como problema de discriminación.

En el contexto de la concepción de la ciudadanía vinculada al estado del bienestar, la exclusión de las mujeres se ha definido como un problema de discriminación, de falta de acceso a los recursos y oportunidades. Estas concepciones de la ciudadanía no se plantean que la exclusión permanente de las mujeres indique un fracaso del modelo. El modelo de ciudadanía del estado del bienestar no quedó cuestionado por la «discriminación» permanente sufrida por las mujeres. Ahora bien, definir la exclusión de género en términos de «discriminación» y no de opresión, plantea muchas insuficiencias: la discriminación es un concepto que individualiza el problema, que lo convierte en un problema de las personas excluidas; el concepto de discriminación trata a las mujeres como víctimas de situaciones individuales y no como el ejemplo del fracaso de un modelo, como ejemplos de las insuficiencias de la ciudadanía liberal y de la existencia de opresiones no abordadas.

La vindicación de los derechos de ciudadanía de las mujeres se puede abordar desde perspectivas diferentes, que resumiremos en dos modelos:

a) La incorporación de las mujeres a los modelos tradicionales de ciudadanía. Este marco es el que podríamos identificar con las posiciones del feminismo liberal, con la reivindicación de reconocer la ciudadanía femenina y añadir a las mujeres en las construcciones de la ciudadanía existentes. Es un modelo que históricamente ha posibilitado que las mujeres hayan podido alcanzar metas muy importantes, como el reconocimiento del derecho al voto y la inserción en el derecho al trabajo remunerado. Ahora bien, también es un referente que se ha mostrado insuficiente para situar la experiencia de vida de las mujeres, que deja fuera de la articulación de los derechos a gran parte de ellas.



b) La reconceptualización de la ciudadanía de las mujeres, para construir un modelo universal y diverso de ciudadanía. En este caso, la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía universal y global está basada en la crítica a los fundamentos liberal-capitalistas que están detrás de los modelos de ciudadanía liberales y social-liberales. Se parte de la incorporación de la diversidad humana y, en concreto, en el reconocimiento de la experiencia y necesidades de las mujeres. Se trata de un tipo de ciudadanía basado en un universalismo que acepta la diversidad y la diferencia, y busca una nueva articulación «entre lo universal y lo particular». El universalismo es entendido, así, no como una falsa imparcialidad, sino como un compromiso con el valor y la participación iguales de todos (Mouffe, 1993; Young, 2000).

Las críticas feministas a los modelos tradicionales de ciudadanía se caracterizan por romper con la separación patriarcal entre la esfera pública y la esfera privada, y por denunciar cómo la construcción de esta separación permitió desvincular a las mujeres del ámbito público y construir a su vez un ficticio “privado” (Pateman, 1989). Los efectos de las relaciones entre la esfera pública y privada se ven claramente cuando entendemos que una parte de las limitaciones que tienen las mujeres para su participación en la esfera pública deriva de los papeles que les son asignados en la esfera privada; la ciudadanía pública toma su significación para las mujeres y arrastra su situación de no ciudadanas a la esfera privada.

El significado que hemos dado al concepto de ciudadanía es deudor de esta relación con el mundo público: la articulación de la ciudadanía en torno a un concepto de derechos que los define como relaciones basadas en un paradigma social individualista y descontextualizado.

A continuación examinaremos algunas características de las leyes de igualdad con el objeto de determinar con qué modelo de ciudadanía se emparentaría esta legislación.

Leyes de igualdad de género ¿para qué?

En los últimos cuarenta años, las relaciones entre el feminismo y el Estado, según la politóloga Judith Squires, pueden ser definidas desde tres perfectivas: la adición de las mujeres, la extensión de las fronteras y la reconceptualización de los conceptos (Squires, 2007:9). De acuerdo a esta clasificación, la participación de las mujeres en el Estado ha seguido tres formas privilegiadas: a) las cuotas, que pretenden el aumento de las mujeres en los parlamentos, añadiendo mujeres y visibilizando su presencia; b) las instituciones

de políticas de género, que pretender crear nuevas agencias con el objeto de hacer presentes las preocupaciones feministas. Con ello, se amplían “las fronteras del Estado” y nuevos temas entran en la agenda política tradicional; c) y, por último, la estrategia del *gender mainstreaming*, que sitúa a todas las políticas bajo la perspectiva de género para evitar el androcentrismo. Con esta última estrategia se reconceptualizarían los conceptos y se subrayaría la importancia de los procesos en la construcción de las estructuras de género.

Los feminismos y, en particular, las teorías feministas del derecho, han analizado de forma diversa la relevancia del derecho en la lucha contra el patriarcado y la subordinación de género (Bodelón, 2001; Facio, 1999; Mestre, 2006). Especialmente, se ha señalado cómo es necesario distinguir los diversos modelos jurídicos y las diversas perspectivas desde las cuales el derecho aborda la desigualdad sexual. En particular, resulta relevante ver qué modelo de igualdad, qué modelo de ciudadanía, qué análisis de la desigualdad sexual y qué medidas han tomado las leyes de igualdad que han aparecido en Europa desde los años setenta.

El desarrollo de la legislación de igualdad se puede caracterizar en Europa siguiendo un esquema que distinguía fases vinculadas a formas de entender la desigualdad sexual y, por lo tanto, también a tres formas de plantear la cuestión de los derechos y de las políticas públicas de género. Estas tres fases vamos denominarlas:

- 1) Fase de la legislación antidiscriminación liberal. La desigualdad sexual como un problema de desigualdad de trato.
- 2) Fase de la legislación en favor de la igualdad de oportunidades.
- 3) Fase de la legislación de *gender-mainstreaming*.
- 4) Fase de la legislación de igualdad de género y la interseccionalidad.

Esta división conceptual tiene en cuenta una cierta evolución histórica en dichas políticas, pero sobre todo intenta clarificar conceptualmente una diversidad de medidas. En muchos países estas fases se mezclan e intercalan, no siguiendo un esquema lineal.

1) Fase de la legislación antidiscriminación liberal. La desigualdad sexual como un problema de desigualdad de trato.

Las primeras políticas antidiscriminación en Estados Unidos y en Europa se



vincularon fuertemente a una concepción de la igualdad liberal que privilegia los siguientes elementos: en primer lugar, son medidas basadas en el concepto de igualdad de trato; en segundo lugar, se dirigen fundamentalmente a la protección de la desigualdad en el ámbito público, y especialmente, en el mercado de trabajo.

Un ejemplo prototípico de esta legislación es la primera ola de legislación antidiscriminación en Gran Bretaña. La *Sex Discrimination Act* (SDA) y la *Equal Pay Act* entraron en vigor en 1975 y se convirtieron en dos de las primeras leyes antidiscriminación a nivel europeo. La SDA define como ilegal la discriminación por razón de sexo². En la SDA se prohibía la discriminación por razón de sexo directa e indirecta (cuando una misma práctica o criterio se aplica a los dos sexos pero comporta que uno de ellos quede en desventaja). Asimismo la *Equal Opportunity Commission* (EOC) fue establecida en 1976 para supervisar la aplicación de la SDA.

Este enfoque de la antidiscriminación se relaciona con la primera concepción de la ciudadanía liberal que hemos examinado: trata a los individuos aisladamente, sin tener en cuenta las razones colectivas o sociales de la discriminación; además analiza la discriminación comparando la situación de las mujeres con la de los hombres, es decir, el estándar es la situación del sexo masculino³.

Barrère señala que en el ámbito norteamericano las políticas antidiscriminatorias de los setenta han sido criticadas por el feminismo y han dado paso mayoritariamente, en los ochenta, al interés sobre “el principio antisubordinación”. Aunque considera que, efectivamente las críticas feministas estaban motivadas, cree, sin embargo, que también es cierto que el derecho antidiscriminatorio no está agotado y que, en todo caso, se trata de un derecho con posibilidades de mejora, por ejemplo, interpretando la cuotas como parte del principio antisubordinación (Barrère, 1997: 17).

.....
2 En concreto la discriminación sexual se prohíbe en el trabajo, la educación, la publicidad y para acceder a viviendas, bienes y servicios.

3 Mackinnon critica todas aquellas teorías que describen la “discriminación como diferencia”. Esta perspectiva tiene dos manifestaciones: la neutralidad y los derechos especiales. La neutralidad supone que el problema de discriminación se reduce a que el derecho no trata a hombres y mujeres de forma igual; la segunda manifestación es la de los derechos especiales, que busca compensar a los discriminados en la medida en que son diferentes, con lo cual contribuye a la reconstrucción de la diferencia.

Por otra parte, la autora defiende la idea de la “discriminación como desigualdad” según la cual todas aquellas prácticas que subordinen a las mujeres deben ser consideradas prácticas discriminatorias. (Mackinnon, 1989).

Las carencias de este modelo basado en la igualdad formal son resumidas por Christine Dephy cuando afirma: “Esta es la igualdad formal, generadora de equidad –es decir, de una justa desigualdad-, que es defendida por los partidarios de la integración a la francesa o del universalismo republicano. Ellos proponen la integración de los excluidos, es decir de las mujeres, por el sólo medio de la no discriminación explícita, la igualdad formal. De otro lado, ellos oponen esta ausencia de discriminación explícita que juzgan suficiente, a la acción positiva, que juzgan discriminatoria” (Delphy, 2008: 70).

2) Fase de la legislación en favor de la igualdad de oportunidades.

Las numerosas limitaciones que presentaba el enfoque de la igualdad de trato fomentaron en los años ochenta y noventa, el uso de mecanismos poco utilizados en Europa hasta entonces como las acciones positivas y las cuotas, así como la aparición de políticas públicas de género en el ámbito de la Unión Europea. Aunque en general en esa época, el problema de desigualdad de las mujeres se sigue entendiendo como un problema de discriminación, se empieza a ampliar a noción de igualdad a través del concepto de igualdad de oportunidades. Se reconoce la naturaleza social y política del problema y se expresa la voluntad de articular medidas en el nivel político, económico y social. Como consecuencia de esto, surgieron en los años ochenta los programas de acción para la igualdad de oportunidades. Estos primeros programas siguieron concentrados en la discriminación en el ámbito del mercado laboral y en los problemas de acceso a la ciudadanía partiendo del mercado de trabajo.

El “I Programa de Acción sobre la Igualdad de Oportunidades para las mujeres 1982-1985” inició una línea que se continuó en el “II Programada de Acción para la Igualdad de Oportunidades para las mujeres 1986-1990”. En estos dos documentos aparecen también referencias a temas poco tratados hasta entonces a cuestiones como el reparto del trabajo doméstico o la igualdad en la educación. Sin embargo, el eje central seguirá en las medidas articuladas en el mercado de trabajo.

Las limitaciones de este enfoque basado en la igualdad de oportunidades han sido extensamente abordadas (Bodelón, 2007b) y nos vamos a referir aquí brevemente a dos: primero, la matriz liberal de la igualdad de oportunidades; segundo, su insuficiencia para dar cuenta de la desigualdad sexual.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el pensamiento liberal clásico apostó por un concepto restringido de igualdad de oportunidades,



que atañe esencialmente a las condiciones de partida y que implica que la igualdad de oportunidades se debe reducir a un principio formal de no discriminación arbitraria. La adquisición de privilegios y ventajas sociales se relaciona así con las capacidades personales y conduce a una igualdad de oportunidades formal o meritocrática:

“La igualdad de oportunidades es el principio moral que utiliza el liberalismo moderno para legitimar la distribución de los bienes en la sociedad. En términos generales, significa que las condiciones de partida de los competidores por las posiciones y los bienes sociales deben ser igualadas para permitir posteriormente una desigualdad de resultados. Hasta aquí todos, todos los demócratas –liberales o no- están de acuerdo en que una sociedad buena debe incluir la igualdad de oportunidades entre sus principios básicos. Sin embargo, no se ponen de acuerdo fácilmente en el alcance de dicho principio. Difieren tanto en la selección de las condiciones de partida que deben ser igualadas como en el tipo de resultado final que debe ser aceptado como legítimo, es decir, en lo que hay que igualar antes y después de la competición.” (Pujol, 2001:13).

Esta visión de la igualdad de oportunidades sufrió amplias críticas desde sus orígenes por parte de aquellas personas que consideraban que la garantía formal de la ausencia de discriminación es insuficiente para garantizar una auténtica igualdad en los puestos de salida y en los resultados. Estas críticas, que tienen su origen en el pensamiento socialista y marxista del siglo XX, han alcanzado en la actualidad el pensamiento liberal progresista y han conducido a visiones sustantivas de la igualdad de oportunidades, que en algunos casos se plantean esencialmente la igualación sustantiva de las condiciones de salida y en otros, abordan el problema de la igualación de los resultados.

En segundo lugar, la insuficiencia de la igualdad de oportunidades para dar cuenta de la desigualdad sexual tiene que ver con lo que Amartya Sen denomina la insuficiencia del paradigma distributivo de la igualdad de oportunidades y su propuesta de la justicia de las capacidades:

“En la valoración de la justicia basada en las capacidades, las demandas o títulos individuales no tienen que valorarse en términos de los recursos o de los bienes elementales que las personas poseen, respectivamente, sino por las libertades que realmente disfrutan para elegir las vidas que tienen razones personales para valorar. Es esta libertad real la que está representada por las “capacidades” de la persona para conseguir varias combinaciones alternativas de funcionamientos”. (Sen, 1995: 96).



Para Sen, la cuestión es la igualdad de libertades para alcanzar los fines propuestos por cada sujeto, que según el autor no se soluciona únicamente igualando la distribución de bienes primarios, sino que requiere tener en cuenta las diferencias interpersonales en la transformación de capacidades. Para Sen la igualación debe referirse esencialmente a la igualdad de la libertad y para ello es igualmente relevante la igualdad en los medios que en los resultados.

En un sentido semejante, Iris Marion Young señala que no se trata de rechazar los problemas de justicia distributiva⁴, sino inscribir la discusión sobre la justicia en un contexto más amplio que incluya también la acción, las decisiones sobre la acción y la provisión de medios para desarrollar y ejercer las capacidades (Young, 2000: 33).

Relacionando estos análisis con nuestros dos modelos de ciudadanía y relaciones de género se puede afirmar que el modelo de la igualdad de oportunidades muestra los límites de una ciudadanía “agregativa”, de un modelo en el que la injusticia social de las mujeres se resuelve añadiendo a las mujeres. Sin embargo, el modelo clásico distributivo no da cuenta de toda la complejidad de la desigualdad sexual.

3) Fase de la legislación de *gender-mainstreaming*.

En los años noventa se pusieron las bases para transformar nuestra comprensión de los instrumentos y conceptos que requiere la lucha contra la desigualdad sexual. En las políticas públicas y en la legislación emergen elementos que muestran que la reivindicación de un nuevo modelo de ciudadanía para las mujeres está cada día más presente.

En la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres de Naciones Unidas, que tuvo lugar en Beijing en 1995, se aprobó la Plataforma de acción en la que

.....
 4 Young define el paradigma distributivo como aquel que entiende la justicia social como la distribución moralmente correcta de beneficios y cargas sociales entre los miembros de la sociedad. Estos beneficios suelen ser la riqueza, el ingreso y otros recursos materiales, aunque también se incluyen algunos bienes no materiales tales como los derechos, las oportunidades, el poder y la autoestima. El modelo de justicia distributiva parte de un modelo de sujeto y de sociedad que se caracteriza por:

a) El paradigma distributivo tiende a ignorar el contexto institucional que determina la distribución material y, a la vez, lo presupone.

b) El paradigma distributivo cuando se aplica a bienes y recursos inmateriales, como las oportunidades, genera problemas.



se incluyó el término de *gender mainstreaming*, con el que se pretendía poner de manifiesto la necesidad de incluir en todas las políticas públicas la cuestión de la desigualdad de género. Es necesario recordar que dicho concepto proviene de las discusiones de los movimientos feministas.

Se ha discutido en qué medida el concepto de *gender mainstreaming* realmente supone una nueva visión de la igualdad y de las políticas de género o es únicamente un nuevo mecanismo. La interpretación del concepto y su aplicación no ha sido unívoca y efectivamente hay, al menos, dos formas de entender el *gender mainstreaming*.

Una primera interpretación pone el acento en la "técnica" y los aspectos procedimentales, entiende el concepto como un nuevo mecanismo de gestión de las políticas de igualdad, que complementa los modelos anteriores. En este caso, el énfasis está en un cambio de la cultura burocrática-institucional y en la construcción de mecanismos que permitan construir políticas públicas que incorporen la perspectiva de género. Esta interpretación es la que han acogido la mayor parte de leyes y políticas públicas en Europa.

La segunda interpretación pone el acento en los aspectos sustantivos del *gender mainstreaming* en su relevancia como nueva forma de entender la igualdad y la participación de las mujeres en el Estado y las políticas públicas, es decir, propone cambios en la forma de legislar y construir las políticas públicas que permitan una mayor democracia y un mayor empoderamiento de las mujeres (Lombardo, 2005). Esta segunda versión comparte, por lo tanto, una renovación en las formas y contenidos de la ciudadanía.

Tras la Conferencia de Beijing de 1995, la Unión Europea introdujo en sus políticas comunitarias el concepto de transversalidad de género. El IV programa de Acción comunitaria a medio término para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 1996-2000, destacó la importancia de este concepto afirmando la necesidad de integrar la igualdad de oportunidades en todas las políticas y ámbitos, así como la importancia de involucrar a todos los actores de la vida económica y social. Es en ese momento, cuando se subraya la importancia de la presencia de las mujeres en los lugares de toma de decisiones.

Poco después, el V Programa de Acción para la igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005 se centró en el *gender mainstreaming*. El objetivo fue introducir acciones de igualdad en todas las políticas comunitarias, intentando superar el ámbito laboral.



Uno de los ejemplos más conocidos de políticas basadas en las ideas del *gender mainstreaming* son las políticas nórdicas de igualdad de género⁵. Los temas de igualdad de género se tratan en Suecia de acuerdo a la doble estrategia del *gender mainstreaming* y la *focus area*. Estas políticas se basan en la idea de que la desigualdad social de mujeres y hombres tiene su origen en una desigualdad de poder. Desde 1994, el gobierno sueco ha utilizado una doble estrategia, el *gender mainstreaming* y la concentración en algunas áreas estratégicas.

El objetivo principal de la política de igualdad de género en Suecia es que los hombres y las mujeres tengan el mismo poder en la conformación de la sociedad y en sus vidas. Este objetivo se ha desplegado en cuatro áreas de intervención relacionadas con: el poder, la economía, el cuidado, y la violencia de género. El primer objetivo tiene que ver con la distribución del poder y entiende que mujeres y hombres deben tener los mismos derechos y oportunidades para ser ciudadanos/as activos/as. El segundo objetivo es la igualdad económica, entendida como independencia económica a lo largo de la vida. El tercero se refiere al igual reparto de los trabajos de cuidado y, se centra en la igual responsabilidad que mujeres y hombres deben desarrollar con relación al trabajo reproductivo. Y, por último, la desaparición de la violencia hacia las mujeres es el último eje de intervención.

En un sentido similar, la estrategia de la integración es la política pública existente en Noruega desde 1986. Esta estrategia significa hacer visibles los efectos de las decisiones políticas para hombres y mujeres; supone poner de manifiesto que una política aparentemente neutral puede reforzar o reproducir los estereotipos de género. En este modelo, los hombres y su rol se convierten en el centro del debate.

Esta forma de entender las políticas contra la desigualdad sexual iniciaría una superación del modelo liberal de las políticas antidiscriminación. Más que políticas antidiscriminación en un sentido liberal clásico, nos encontramos con políticas de género que parten del reconocimiento de relaciones de subordinación y que entran a cuestionar aspectos básicos del concepto de ciudadanía.

La adopción de la categoría de género en las políticas escandinavas ha provocado según Eva-Maria Svensson que:

.....
 5 Una extensa reflexión sobre el contenido de las políticas de género en los países nórdicos se encuentra en: Nousiainen, Kevät, Gurnnanrsson, Asa (ed) (2001). Svensson, Eva-Maria, (2001).



“Las políticas de igualdad han trasladado su foco, que estaba en la reforma jurídica del mercado de trabajo, hacia significados sociales más amplios y, de la esfera pública a la esfera privada. Se ha entendido que se necesitan medidas específicas para obtener la igualdad, junto a las estrategias de neutralidad sexual” (Svensson, 2001: 77).

4) Fase de la legislación antidiscriminación y la interseccionalidad.

Desde los años ochenta una de las preocupaciones crecientes de los debates feministas han sido la de visibilizar la diversidad de las mujeres y los diferentes aspectos relacionados con dicha diversidad: la necesidad de reconocer las opresiones múltiples experimentadas por colectivos diversos de mujeres, o las experiencias y el conocimiento diferenciado que surgen dichas realidades. Las reflexiones sobre la interseccionalidad se vinculan claramente con la necesidad de renovar el concepto de ciudadanía y reconstruirlo partiendo de la diversidad femenina, así como de la diversidad de la opresión de las mujeres.

En el feminismo el debate sobre la interseccionalidad ha señalado la riqueza y diversidad de las experiencias femeninas y la necesidad de tomar en consideración las necesidades de las diversas mujeres, eliminando falsas generalizaciones. Paralelamente, aunque en un contexto muy diverso, las políticas europeas han empezado a abordar desde los años 90 lo que se conoce como el tema de la “discriminación múltiple”. Sin embargo, el debate sobre la discriminación múltiple y el debate feminista sobre la interseccionalidad son debates muy diferentes.

En los años noventa, y después de un creciente trabajo sobre la discriminación sexual, se empezó a tomar consciencia en la UE de la necesidad de abordar las discriminaciones que tienen otro origen. Como resultado de este proceso, se incluyó un nuevo artículo (artículo 13) en el Tratado CE a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1997. Este artículo constituyó un avance muy importante en la lucha contra la discriminación a nivel de la UE, porque permitió a la Comunidad adoptar medidas para luchar contra la discriminación por nuevas razones que incluían el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

Artículo 13

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (modificado por los Tratados de Amsterdam y Niza)

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

El artículo y las reflexiones posteriores que desarrollaron el “LIBRO VERDE sobre la Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada” (COM /2004:379), se dirigieron hacia la creación de políticas y leyes comunes. Los problemas e insuficiencias de este enfoque son múltiples, pero vamos a centrarnos en dos: la reducción del problema de la interseccionalidad a los mecanismos antidiscriminatorios tradicionales y la homologación de las diversas desigualdes. Estas carencias han sido señaladas, entre otras, por autoras como Mieke Verloo.

a) La interseccionalidad vista desde las políticas antidiscriminación tradicionales.

La interpretación que hace el Libro Verde de la discriminación múltiple reduce las políticas contra la desigualdad sexual al marco de las políticas antidiscriminación tradicionales, es decir, no tiene en cuenta que las discriminaciones también se producen en el espacio privado y, sobre todo, olvida que dicha desigualdad sexual tiene también su origen en las estructuras e instituciones de la propia Unión Europea, en los Estados europeos y las instituciones comunitarias. En palabras de Mieke Verloo:

“el Libro Verde presenta el problema como si parte de la ciudadanía tuviera que ser protegida o sancionada por discriminar a otros ciudadanos/as de la esfera pública. La Unión Europea o sus estados miembros no parece que estén conectados con el problema, ya que no se los menciona como responsables o protagonistas de reproducir la desigualdad. La Unión Europea y sus Estados miembros se presentan como si sólo tuvieran un papel clave en la solución, con la reducción o la prevención de la discriminación. Esto supone que se ignora la interseccionalidad política (...)” (Verloo, 2007: 22, traducción propia).

b) La especificidad de los diversos mecanismos de desigualdad social.

Las propuestas del libro Verde y de las políticas europeas sobre la discriminación múltiple se caracterizan por abordar los diversos temas de



discriminación como un asunto “homogeneizable”. Se han iniciado así un conjunto de políticas y desarrollos legislativos nacionales que van en la línea de homogeneizar la discriminación por razón de sexo a otras discriminaciones. Es decir, a diferencia del enfoque de la interseccionalidad que se dirige hacia una comprensión más compleja de los fenómenos, las políticas antidiscriminación de la UE toman la variedad de discriminaciones como elementos reducibles a una misma matriz.

Leyes de igualdad y la construcción de un modelo universal y diverso de ciudadanía de mujeres y hombres.

Los pasos que se han dado con las legislaciones de igualdad de los últimos cuarenta años señalan las dificultades para abordar la complejidad de la desigualdad sexual. Para avanzar en la lucha contra la opresión sexual debemos tener presente que la legislación de igualdad debe inscribirse en un nuevo marco de relaciones de ciudadanía, de lo contrario dichas leyes de igualdad no harán más que incluir a las mujeres en un modelo que ya ha mostrado sus insuficiencias desde una perspectiva de género. Algunos elementos de ese marco de ciudadanía no androcéntrica hace años que han sido elaborados por las variadas tradiciones de los feminismos⁶. Para finalizar abordaremos cuáles son algunos de esos elementos, que en numerosas tradiciones feministas se indican como imprescindibles para generar una ciudadanía que no reproduzca las relaciones de género. Repensar la ciudadanía desde el feminismo implicaría, por tanto, diferentes elementos:

1) en primer lugar, *romper la estructura dual de la ciudadanía*. Avanzar hacia un modelo de ciudadanía para las mujeres y para toda la sociedad que ponga en duda la estructura social patriarcal moderna, basada en la dicotomía de la esfera pública y privada; 2) en segundo lugar, *articular un modelo de ciudadanía plural y diversa*, que exprese la diversidad humana y, concretamente, la diversidad de las mujeres y sus necesidades, 3) y, en tercer lugar, *pasar de la ciudadanía a la «ciudadanía»*. Desarrollar unas relaciones de ciudadanía que se articulen desde una estructura de derechos que permita reconocer la vinculación de los seres humanos y sus necesidades de relación y cuidado, lo que una parte del feminismo ya ha llamado una nueva «ciudadanía».

.....
6 La relevancia del debate feminista sobre la ciudadanía puede ser examinada en diferentes textos: De Villota, Paloma (1998); Mouffe, Chantal (1999); Rubio, Ana (1997).

1) La ruptura con la estructura dual de la ciudadanía

La ruptura con la estructura dual tradicional de la ciudadanía implica el reconocimiento de aquellos/as que han quedado fuera de lo definido como espacio público (Lister 2003). La ciudadanía se ha construido en los últimos siglos como un espacio público de relación, pero entre los espacios públicos existen espacios privados; los espacios públicos son impensables sin un modelo de espacio privado.

En este sentido, una nueva ciudadanía requiere intervenciones dirigidas a diferentes niveles.

a) Feminizar la política desde las aportaciones de los movimientos de mujeres. Las políticas de mujeres pueden ser un ejemplo de cómo es posible renovar las políticas públicas desde la participación directa de la ciudadanía.

b) Transversalizar el eje de género a todas las políticas públicas. La reflexión de género debe incorporar todas las políticas públicas para hacer efectiva una nueva ciudadanía para las mujeres.

c) Convertir los derechos de las mujeres en derechos exigibles, como lo son los derechos tradicionalmente vinculados al espacio público.

f) Eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres.

g) Visibilizar la estructura de género del modelo económico de nuestras sociedades.

2) Un modelo de ciudadanía plural y diversa para las mujeres, para todos/as.

El desarrollo de la plena ciudadanía de las mujeres se encuentra también claramente vinculado al reconocimiento de la diversidad de las mujeres y sus experiencias. Ello implica garantizar el igual acceso en la diversidad a los derechos para las mujeres. Desde esta perspectiva, las intervenciones jurídicas o de políticas públicas que tienen en cuenta la diversidad no deberían ser una excepción. De este modo, la diversidad de las mujeres nos ayuda a construir un nuevo sujeto de derechos, un sujeto que no se caracteriza por lo que le hace falta con respecto al modelo, sino por ser una parte más del nuevo modelo de ciudadanía.



Las políticas de mujeres deben liderar el reconocimiento de las aportaciones a nuestras sociedades de las mujeres inmigrantes y luchar contra los prejuicios y las discriminaciones de las que son objeto; defender el derecho a la ciudadanía de las mujeres «no estándares» y mujeres con capacidades diversas; garantizar los derechos de las mujeres mayores, de las mujeres lesbianas; luchar contra las situaciones de exclusión social padecidas por las mujeres; dar apoyo a mujeres solas con hijos, a mujeres encarceladas y ex presas; reconocer las aportaciones de las mujeres gitanas, etc.

Una ciudadanía enclavada en la perspectiva de género nos permite concienciar a la población de que las acciones específicas y/o diversas no son «discriminaciones positivas», sino formas de construir la igualdad efectiva. El rechazo a la desigualdad social y la exclusión de género implica luchar contra la desigualdad sexual estructural que padecemos las mujeres. Desde esta perspectiva, la lucha contra la discriminación no es algo puntual e individual, sino una estrategia para hacer visible la presencia de vectores de dominación sexual.

3) De la ciudadanía a la «ciudadanía»: una ciudadanía en clave de género.

El acceso a los derechos desde la experiencia de las mujeres significa incluir sus necesidades en los derechos. Reconfigurar los derechos para incluir la vida de las mujeres implica incorporar la “ciudadanía”, la red de relaciones, los valores y las capacidades desarrolladas por ellas. De este modo, espacios y relaciones pensados como relaciones o espacios no políticos, donde no llega la ciudadanía, pasan desde el concepto de «ciudadanía» a ser espacios y relaciones políticas.

El concepto de “ciudadanía” se vincula con una ciudadanía en clave de género, que va más allá de incluir a las mujeres en el marco de derechos existentes o añadir algunos derechos sexuales. Se trata de transformar las relaciones sociales entre mujeres y hombres y de redefinir el contenido de los derechos, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos.

La construcción de un nuevo modelo de ciudadanía no supone desarrollar medidas de tratamiento privilegiado para las mujeres, o considerarlas, en sentido contrario, como víctimas, sino que implica reconocer los derechos históricamente negados al colectivo de mujeres. La reconfiguración de la ciudadanía no es un mecanismo para definir nuevos mecanismos de privilegio, sino para destruirlos.



Un nuevo modelo de ciudadanía para mujeres y hombres es una exigencia de justicia social y como ya se afirmó en la Conferencia de Viena de 1993, los derechos de las mujeres son un requisito indispensable de la justicia social y del desarrollo, de otro desarrollo respetuoso con la vida de mujeres y hombres y del planeta.



BIBLIOGRAFIA

FACIO, A. y FRIES, L., ed. (1999): *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones.

LISTER, R (2003): *Citizenship: Feminist Perspectives*, Nueva York, Palgrave Macmillan.

LOMBARDO, E. (2005): "Integrating or setting the agenda? Gender mainstreaming in the European constitution-making process", en *Social Politics*, 12(3): pp. 412-32.

MACKINNON, C. (1989): *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos.

MESTRE, R. (2006): *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, València, PUV.

MOUFFE, C. (1993): *El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós.

NOUSIANINEN, K. y GURNNANRSSON, A., ed. (2001): *Responsible Selves. Women in the nordic legal culture*, Aldershot, Ashgate Publishing Ltd.

PATEMAN, C. (1989): *The Disorder of Women*, Cambridge, Polity Press.

PUYOL, A. (2001): *El discurso de la igualdad*, Barcelona, Crítica.

RUBIO, A. (1997): *Feminismo y Ciudadanía*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.

SAINSBURY, D., ed., (1996): *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge, Cambridge University Press.

SASSEN, S. (2003): *Contrageografías de la globalización: Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de Sueños.

SEN, A. (1995): *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Economía.

SQUIRES, J. (2005): "Is Mainstreaming Transformative? Theorising Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation", en *Social Politics* 12(3), pp.366-388



SQUIRES, J. (2007): *The new politics of gender equality*, Hamsphire, Palgrave Macmillan.

SVENSSON, E. M. (2001): "Sex equality", en NOUSIANINEN, K. y GURNNAN-RSSON, A., ed. (2001): *Responsible Selves. Women in the nordic legal culture*, Aldershot, Ashgate Publishing Ltd, pp. 71-104.

VERLOO, M. (2007): "Una atenta mirada a les desigualtats múltiples, a les seves interseccions i a com es tracten a Europa", en BODELÓN, E. y GIMÉNEZ, P., ed. (2007): *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Diputació de Barcelona, Sèrie Igualtat i ciutadania, pp. 17, 37.

VILLOTA, P., ed., (1998): *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Editorial Complutense.

YOUNG, I. M. (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos.



DERECHO PENAL Y MUJER: ¿DEBE SER REDEFINIDA LA NEUTRALIDAD DE LA LEY PENAL ANTE EL GÉNERO?

*Margarita Bonet Esteva
Profesora Titular de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

Mujeres, Principio de igualdad y derecho penal: vía de entrada en la teoría del delito.

El origen ilustrado imprime al actual derecho penal y disciplinas afines unas características que lo conforman como un mecanismo que busca la consolidación de garantías para aquellas personas que en su contexto histórico eran consideradas ciudadanas. Este último concepto también nació en esa época y el objetivo perseguido con esta regresión histórica es recordar que inicialmente las mujeres no eran contempladas como titulares de derechos propios que pudiera ejercer como ciudadana ante el Estado incipiente.

Afortunadamente en la medida que la figura jurídica de ciudadano avanzó histórica, política y jurídicamente otros seres humanos, entre ellos las mujeres, pasamos a ser considerados también ciudadanos y ciudadanas y, por ello, a ser incluidos y contemplados por las categorías y principios jurídicos que iban fundamentando las leyes, en este caso, del código penal, códigos u otras leyes de tipo penal, según evolucionaba el contexto histórico y social. Si bien es cierto, que estas leyes, hasta tiempos muy recientes eran creadas por hombres, recogiendo los deberes y necesidades de las mujeres y partiendo de su preconcepción acerca de éstas. Que la sociedad contemporánea se ha ido estructurando en torno a cosmogonías patriarcales es ya tan evidente que órganos nada sospechosos de feminismo como el Tribunal Constitucional español ven en el patriarcado la causa de las desigualdades históricas contra las mujeres y la raíz de la violencia de género en su sentido más amplio.

Por este motivo se pretende proporcionar instrumentos que faciliten la comprensión e interpretación del tratamiento jurídico de aquellos fenómenos delincuenciales que, desde una perspectiva legislativa que no deja de ser raíz cultural androcéntrica, más afectan a la condición de la mujer en la sociedad por razón de su género¹. Así se presenta su regulación actual,

.....
1 Ciertamente la palabra "género" en estos momentos y en función del ámbito de la realidad en que se utilice puede adquirir significados muy distintos. Cuando aquí se utiliza género se refiere a la atribución social de un rol distinto en función del sexo biológico con el que se nace. Y con esta última matización soy consciente de estar soslayando un problema etimológico de gran actualidad en cuanto al tratamiento de las personas denominadas transexuales.



sus defectos y sus posibles bondades pero, sobre todo, el inicio de una reflexión, del interior del sistema penal, o mejor de aquellas personas que formamos el grupo privilegiado que conoce las entrañas y los entresijos de las normas penal, hacia la sociedad, hacia los miles de ciudadanas y ciudadanos que no entienden porqué las normas les resultan incomprensibles, inalcanzables y no hablan su idioma. En mi opinión, como se verá, en este momento no se trata exclusivamente de poner orden o canalizar, la parte de las normas penales, aquellos artículos referidos a la mujer, sino aportar elementos para una lectura distinta, una lectura que tenga en cuenta esa situación de discriminación y violencia históricas contra las mujeres que es inherente al patriarcado.

Aportar una “lectura en clave de género”, en este sentido, tal vez se le aparezca a quien lea un objetivo muy ambicioso así que debo puntualizar el alcance de la lectura propuesta que, en realidad es una tímida aportación en el mar de grandes desencuentros entre mujer y derecho penal en estos momentos históricos de la “ciencia penal española”. Una mirada verdaderamente no patriarcal o –cuanto menos- que cumpliera los mandatos constitucionales de lucha contra la discriminación (art. 9 C.e.) en el derecho penal, significaría trascender los principios ilustrados sobre los que se empezaron a garantizar los derechos de las personas frente al Estado castigador, titular del “ius puniendi”, y actualizarlos teniendo en cuenta el amplio consenso que sobre la estructura de discriminación de las mujeres en la sociedad existe no sólo en el ámbito de lo científico sino en el acuerdo internacional, plasmado en una legislación internacional mínima que se vincula a la comprensión de la mujer como persona titular de derechos humanos, sobre de la necesidad de reconocer, proteger y promover la existencia y desarrollo de la mujer como persona titular de derechos concretos para afrontar esa situación estructural de desventaja frente a sus compañeros de especie hombres. Y aunque parezca imposible esa lucha contra la no discriminación específica de las mujeres, a pesar del reconocimiento progresivo de la titularidad de derechos en igualdad frente a los hombres (art. 14 C.e.) no ha llegado en toda su plenitud al derecho penal. El principio de igualdad penal como fundamento y garantía del ejercicio de las competencias penales por parte del Estado sobre los ciudadanos se ha mantenido a lo largo de estos últimos siglos en su formulación ilustrada “todos somos iguales ante la ley”, haciendo hincapié en el aspecto más formal de este principio frente al desarrollo constitucionales de conceptos tales como igualdad material o derecho a la no discriminación. Posiblemente la falta de una interpretación penal desde la perspectiva del conflicto de



género inherente a la sociedad en la que vivimos es la que contribuye a la perplejidad social ante una percepción pública –cierta o no– de ineficacia de aquel tipo de leyes que las personas legas en derecho consideran la ley por excelencia; la ley penal y su sistema de funcionamiento en cuanto a estos grupos de casos se refiere.

Sin embargo, no debe olvidarse jamás que cuando un problema entra en el sistema penal es porque su gravedad es tal que ya no presenta una solución mejor que pueda satisfacer a las partes implicadas y a la sociedad. Pues, el derecho penal contempla una relación triangular por la cual las personas que la constituimos hemos traspasado o delegado la potestad de resolución de nuestros conflictos más graves al Estado moderno. En realidad debe asumirse que el derecho penal no ofrece soluciones si no que, como sistema estructurado de control social, reacciona frente a la comisión de hechos considerados previamente como peligrosos para los intereses o bienes que se desean proteger y, por lo tanto, ordena no realizar determinados comportamiento. La infracción de esa orden conlleva la aplicación de una pena, en la mayoría de los casos, como reacción organizada del Estado frente a la desobediencia a las normas pero, difícilmente satisfará a ninguna de las partes implicadas.

Tales precisiones son vitales para entender que las soluciones a los problemas de desigualdad y discriminación de la mujer en una sociedad discriminadora y violenta hacia las mujeres nunca podrán ser obtenidas mediante el derecho penal, ni tan siquiera, si éste llegara algún día a construir sus respuestas desde políticas criminales que orientaran la labor legislatora desde una perspectiva que tuviera en cuenta esa situación de desigualdad y discriminación real. Evidentemente éste no es el lugar más adecuado para exponer las dicotomías, estudiadas desde otras disciplinas científicas, sobre el significado de género (femenino/masculino) y sexo (hombre/mujer) y cuáles de ellos deben de ser aplicados en el más estricto de los sentidos. Sin querer obviar esta cuestión epistemológica entiendo que este no es el lugar para llevar a cabo una justificación ideológica profunda que, sin duda, se adivinan a los ojos de las personas expertas como próximas al denominado “feminismo de la diferencia”. Así pues, con esas referencias a las lecturas “en clave de género” y la introducción de la “mirada femenina” en lo penal estoy haciendo hincapié en algo mucho más genérico y elemental; en hacer llegar al derecho penal –como si de una persona se tratara– que hombres y mujeres, por razones que aquí no corresponde desarrollar, se relacionan de manera desigual en la sociedad respondiendo a unos



patrones femeninos y masculinos en los que lo masculino, mejor y más fuerte ha regido de manera dominante y aplastante hasta hace poco en las llamadas “sociedades occidentales” y que eso ha generado una situación de desigualdad legal formal y material que ha marcado el desarrollo de las normas. Es más, a pesar de haber superado el escollo de la desigualdad en derechos, pues ahora mujeres y hombres somos iguales ante la ley, la realidad del trato diferenciado discriminador sigue existiendo en muchos grupos de casos afectando mayoritariamente a mujeres e incumpléndose así el mandato de no discriminación por razón de sexo. Esta que puede parecer una idea muy simple y ya superada por las teorías feministas y, en algunos supuestos, también por algunas leyes sigue siendo un paso lógico que no aparece aún en el Derecho penal moderno español y que resulta imprescindible para poder preguntarse si la violencia contra las mujeres ligada a la discriminación por razón de género debe ser objeto del Derecho penal. Esta tal vez sería la primera de las preguntas que cabe plantearse, la segunda si de ser esta legislación penal necesaria cómo deberíamos construir el bien jurídico protegido para no incurrir en el error de que los hombres sigan haciendo leyes que digan qué características tienen las mujeres y tercera de las cuestiones, mucho más lejana como objetivo, que en la argumentación que justifica la existencia de bienes jurídicos típicamente ligados a la condición biológica de mujer (léase, por ejemplo, interrupción voluntaria del embarazo), fueran las mujeres, sus necesidades y sus prioridades y su seguridad, decididas por ellas mismas los principales criterios para construir una política legislativa. Entendiendo que la igualdad material se alcanza tratando diferente problemas distintos.

Disciplinas penales en clave femenina: el cambio necesario de las políticas criminales y legislativas.

Siguiendo con este razonamiento, parece que desde la técnica legislativa la equiparación en derechos pasa por una redacción “blanca”, “aséptica”, “sin sexo”, o al menos, no más del imprescindible para la tipificación de determinados grupos de delitos. Esta redacción de las normas penales unida al reconocimiento de la igualdad formal ha llevado a la afirmación general de que el derecho penal es “neutro” en cuanto al tratamiento de los sexos. Si la modalidad delictiva no lo impide hombres y mujeres pueden ser autores y víctimas de casi todos los delitos previstos por la ley penal. Sin embargo lo que cabe preguntarse en estos momentos es si el derecho penal es neutro en cuanto a género, es decir, si realmente se encuentra a salvo de las desigualdades estructurales en cuanto a las construcciones de lo masculino y



lo femenino que se han aposentado en nuestras culturas desde la noche de los tiempos. Si así fuera se estaría ante el único grupo normativo que no se ve afectado por la violencia que las discriminaciones que nuestra sociedad genera contra las mujeres y que han obligado al Estado español a dictar dos leyes orgánicas fundamentales (L.O. 1/2004 de medidas y protección integral contra la violencia de género y la L.O 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres) para permitir el desarrollo de la no discriminación como mandato de la propia constitución española y de los tratados internacionales en los que España se ha comprometido

Si concretamos deberá tenerse en cuenta una serie de factores; unos favorables, pues la fuerza histórica, aunque con sus altibajos, es imparable y otros en los que, en mi opinión, no estamos avanzando como sociedad en la línea que debiéramos para acabar con los que a los medios de comunicación gustan en llamar “lacra de la violencia de género” refiriéndose a los casos de muertes o agresiones con violencia física contra las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja y dejando a un lado otras vulneraciones de los derechos humanos de las mujeres como la violencia psicológica, la sexual o la económica.

Que la formulación neutra en cuanto a género que caracteriza el modelo garantista del derecho penal y la técnica legislativa en esta materia, con su utilización de la fórmula “el que...” ha favorecido la inclusión de la mujer en el sistema penal en cuanto autora y víctima de todos los delitos en los que su naturaleza fisiológica lo permite es algo sobre lo que ya me he pronunciando tangencialmente y que nos remite necesariamente a diferenciación biológica entre sexos (hombre/mujer) y no a la construcción cultural entre géneros. Aunque esta interpretación sobre la neutralidad sexual de los posibles sujetos autores de un delito era pacíficamente admitida por jurisprudencia y doctrina penales se ha convertido en el centro de la cuestión de constitucionalidad presentada por una jueza de Murcia, para la cual el art. 153.1 del C.p que manteniendo la expresión “el que ...” determina que las víctimas sí sean exclusivamente mujeres como consecuencia de la última modificación del mencionado precepto sobre el maltrato en virtud de los mandatos jurídicos contenidos en la L.O. 1/2004 de medidas integrales contra la violencia de género. Con independencia de lo que se pueda opinar, en especial en el plano de la técnica legislativa empleada, del redactado de dicho epígrafe el Auto del juzgado nº 4 de Murcia de 25 de julio de 2005 es ciertamente peculiar y no deja de levantar ciertas suspicacias el hecho de que se haya recurrido a un elemento gramatical que no

había suscitado hasta el momento ninguna polémica jurídica, ni tan sólo en delitos tan marcados por elementos de géneros como los atentados contra la libertad sexual o el aborto. Afortunadamente, el Tribunal constitucional en la resolución de dicha cuestión de inconstitucionalidad (STC 59/2008 de 14 de mayo) da por superada esta controversia.

A este factor lingüístico debe sumarse que, con la entrada en vigor de la Constitución española, se obligó a la transformación de ciertos grupos de delitos que protegían intereses o bienes jurídicos insostenibles desde la perspectiva de una sociedad fundamentada en la libertad, la igualdad y la dignidad humana (arts. 1, 9, 10, 14 y 17 C.E.). Un ejemplo de tal tipo de transformación se encuentra en las progresivas modificaciones post-constitucionales en los delitos contra la libertad sexual, en especial, en su vertiente de agresiones y abusos sexuales anteriormente denominados delitos “contra la honestidad” con un abanico de conductas delictivas de las que sólo podían ser autores los hombres y víctimas determinadas mujeres. Esta constelación de casos supone uno de los ejemplos más paradigmáticos de cambio en los tipos penales desde la construcción de un bien jurídico distinto y ceñido a las normas constitucionales. Se llegó a los primeros años de la democracia actual española con unos delitos sexuales que aún tenían su anclaje en una comprensión de éstos como medio de protección de la virtud o castidad de las mujeres. Y, en consecuencia, hasta las sucesivas modificaciones de los años 80 este objeto de protección no se transformó en la actual “libertad sexual” que permite considerar que todas las mujeres y todos los hombres pueden ser víctimas de dichos delitos y las distintas aplicaciones de la norma deberían basarse en distinciones meramente fisiológicas. Otro asunto sería, y ello tal vez supondría trasladar al Derecho penal una concepción de la sexualidad distinta y no “falocéntrica”, no medir la gravedad de la conducta por los elementos fisiológicos afectados sino por las concepciones culturales que los géneros tienen de la lesividad de las conductas sexuales prohibidas como titulares del bien jurídico objeto de protección. Sin embargo, esto ya es mucho más complejo y, tal vez, debemos conformarnos por ahora en centrar los esfuerzos en partes del C.p. que requieren una reforma más urgente.

Progresivamente y en un espacio de tiempo que desde una perspectiva histórica, puede ser cualificado como record, la sociología y en los últimos tiempos también una incipiente criminología empírica, como disciplinas que desde una perspectiva más factual, buscan las causas del conflicto social y del crimen, han hecho acopio de datos y fenómenos sociales con-



cretos que tienen a la mujer por protagonista. A su vez estos hallazgos han sido transferidos con más o menos éxito a políticas criminales (es decir demandas estructuradas de planificación de legislación penal) que han tenido una incidencia más o menos acertada en las acciones legislativas que han transformado en estos últimos treinta años aquellos comportamientos considerados como delictivos en España.

Siendo todo lo anterior cierto y verdaderamente positivo, también lo es que para los sectores más progresistas en cuanto a reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres se refiere, sean o no feministas, estas reformas se han realizado desde un punto de vista androcéntrico de la sociedad. Esto no debe extrañarnos puesto que éste es el motor principal del funcionamiento social dominante y, evidentemente, por lo que a las conductas que inciden especialmente en la desigualdad y la violencia social contra la mujer no han sido desarrollados desde una perspectiva política de erradicación de la violencia machista en materia penal.

Las prácticas legislativas que ya empiezan a ser de uso común, como el tratamiento integral, el concepto de igualdad material, y de excepciones a las prohibiciones de discriminación, en otras ramas jurídicas aún no han impregnado y dejado su huella en el Derecho penal. Así es como la introducción de pequeñas reformas en los arts. 153 y 173 llevadas a cabo por la L.O. 1/2004 y la necesaria interpretación de estos delitos desde los principios de esta ley integral de abordaje de la violencia de género está iniciando una verdadera revolución que puede ser considerada como un ataque directo a los fundamentos clásicos del derecho penal. En especial se ponen sobre la mesa de trabajo el Principio de igualdad penal y el de culpabilidad o responsabilidad por el hecho, tal y como evidencian las ya citadas cuestión de inconstitucionalidad de 25 de julio de 2005 y su resolución en la STC 59/2008 de 14 de mayo..

El sistema penal ante la violencia de género en el ámbito familiar: ¿sabemos lo que queremos proteger?

Las respuestas sociales y, en consecuencia, el tratamiento jurídico de la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres por el mero hecho de serlo ha sufrido en nuestro país, en los últimos 15 años, una transformación radical. Es prácticamente un tópico recordar que se ha pasado de considerar esta tipología de violencia como algo estrictamente privado que se circunscribía a los hogares y, hasta cierto punto justificado por una deter-



minada concepción del cabeza de familia, a movilizar a un amplio sector de la ciudadanía en las reclamaciones de unas actuaciones públicas contundentes en su contra. Nadie puede afirmar con seguridad si hoy en día hay más casos de mujeres víctimas de violencia que en los primeros tiempos de la democracia española, éste es un dato imposible de conseguir puesto que se trataba de una realidad invisible, siendo gran parte de los casos uno más del gran volumen de cifra oscura por lo que a esta pirámide criminológica se refiere. De hecho, no parece imprescindible para diseñar políticas públicas en la actualidad recurrir siempre al análisis retrospectivo. Lo importante, lo evidente, es que en estos momentos disponemos de una gran cantidad de investigaciones empíricas que proporcionan unas cifras que empiezan a invertir la proporción de cifra oscura desde las fechas en que se empezaron las primeras investigaciones empíricas en nuestro país y, como resultado disponemos, gracias a estas disciplinas empíricas, de instrumentos mucho más útiles y un poco más fiables para diseñar las políticas criminales y las acciones legislativas que la ciudadanía y, las mujeres como colectivo sean o no feministas, exigen del gobierno y del resto de los poderes públicos.

Si traducimos la última de las afirmaciones al ámbito de las ciencias penales esto supone la posibilidad y el deber de diseñar un conjunto de normas penales que sean fruto de una política criminal coherente y reflexiva. Características que deberían mantenerse con independencia de la inevitable ideología política conservadora o progresista que hubiera tras ellas. En este sentido, debería entenderse la neutralidad penal y no en un anquilosamiento de los principios que fundamentan el sistema penal y cuyo origen empieza a ser remoto y descontextualizado. La coherencia, se podrá apreciar más claramente en el siguiente epígrafe, no es uno de los elementos que abunde como criterio rector de la legislación penal que trata de hacer frente a esas fuertes demandas sociales que además son alimentadas, no me atrevería a decir de forma maliciosa pero sí, ciertamente imprudentes, por algunos medios de comunicación y que ahondan en el amarillismo sin el más mínimo conocimiento de la realidad social de las mujeres implicadas en semejantes grupos de delitos. Tal vez, sea oportuno añadir aquí un pequeño inciso que nos recuerde el gran papel simbólico del derecho penal en la sociedad, el uso que de ese simbolismo pueden hacer los poderes públicos y los partidos políticos y lo realmente económico que resulta escribir una cuantas líneas en el Boletín Oficial del Estado en relación a la rentabilidad en términos políticos que ello supone.



La lesiones a los bienes e intereses individuales afectados en las constelaciones de casos a los que la violencia de género alcanza, ciertamente, ya eran perseguibles penalmente en virtud de la simple interpretación literal del texto de los delitos genéricos que aún hoy prohíben esos ataques en el resto de los supuestos no incluidos en la violencia contra la mujer. A pesar de la posibilidad de recurrir a esta legislación genérica pocos eran los casos que llegaban a los tribunales y menos eran aquellos que se resolvían favorablemente para la mujer. La resolución de conflictos mediante las normas penales no sólo depende de la existencia de esas normas si no que es imprescindible una sensibilidad social y una empatía de los operadores jurídicos para que éstas sean aplicadas.

Tal panorama sólo podía superarse desde el conocimiento y la predisposición a conocer por parte de los demás. Por este motivo, puede afirmarse que en la segunda mitad de la década de los 80 del siglo pasado las mujeres víctimas de violencia en su propio hogar se hallaban ante la precariedad más absoluta de medios asistenciales y, además, frente al abandono e ignorancia mayoritaria de los sistemas judiciales y policiales. Ciclo de la violencia doméstica y síndrome de la mujer maltratada eran conceptos prácticamente desconocidos para estos operadores.

Puede afirmarse que, por ese motivo, la lucha de los colectivos de mujeres se dirigió a la consecución de una persecución penal concreta de las conductas derivadas de este fenómeno delictivo. De la evolución de las diferentes reformas legislativas en materia penal surgieron los actuales arts. 153 y 173 del C.p. que en pura técnica protegen intereses distintos entre ellos y también conceptualmente distintos a la violencia de género, violencia contra la mujer, las mujeres, o machista tal y como se entiende en las normas internacionales y la doctrina comparada en materia de vulneración de derechos de la mujer. El primero de los artículos (art. 153 C.p.) se encuentra entre aquellos que protegen la integridad física y psíquica de las personas y, el segundo (art. 173 c.p.), conforma junto con el art. 174 referido a las torturas la protección de la integridad moral de las personas.

Una simple lectura del texto de los artículos mencionados, sumada a una mirada de conjunto en relación a su ubicación en el C.p., no ofrece una vinculación clara de estos delitos con la lucha contra la discriminación de la mujer y el ejercicio de la violencia, como máxima expresión, frente a las estructuras patriarcales consolidadas. Esta coherencia integradora del sistema jurídico de forma más compleja pretende ser alcanzada mediante las



modificaciones introducidas por la L.O: 1/2004. Dicha ley se sostiene sobre unos pilares conceptuales muy claros en cuanto a violencia de género e igualdad material en el marco jurídico internacional y en las políticas de igualdad de las administraciones del Estado. Sin embargo, chirrían ostensiblemente frente a unos principios garantistas, andrógenos y decimonónicos que no han evolucionado al mismo ritmo y que, por lo tanto, no permiten una buena fundamentación de los intereses a proteger en relación a la lucha contra la violencia de género.

En consecuencia nos encontramos en una situación en la que ni ahora, ni en ningún momento de la historia del derecho penal moderno español, ha existido, tal y como sucede en alguna legislación comparada como la sueca, un abordaje penal unificado desde sus raíces por la finalidad de protección de un mismo interés o bien jurídico referido, al menos, a la violencia machista. En este sentido en la actualidad las conductas lesivas concretas que aparecen en el art. 153 C.p., son una extraña modalidad agravada de lesiones entre personas unidas por vínculos de matrimonio o análogos.

Este delito concretamente hizo su aparición en el código penal con una gran polémica sobre si era conveniente y razonable elevar comportamientos con pequeños resultados lesivos, lo que técnicamente denominamos faltas, a delitos sólo en razón de la relación entre los sujetos, entre el autor y la víctima. Dicha transformación, aplaudida por algunos sectores feministas, y criticada especialmente por la doctrina y jurisprudencia penales, fue consecuencia de la ineficiente aplicación y eficacia de esas conductas anteriormente recogidas como faltas. Lo que no deja de ser cierto, tal y como apuntan casi todos los expertos, es que produjo un efecto simbólico eficaz, al menos, en un primer momento (L.O. 11/2003 de modificación del C.p. en materia de violencia de género, extranjería y seguridad ciudadana).

Además de esta polémica en origen, debe añadirse que la incorporación de la L.O. 1/2004 y sus reformas en cuanto a sujetos y, en especial, la interpretación a la que su exposición de motivos puede trasladarnos en materia penal alimentan las afirmaciones de que este artículo discrimina al hombre y lo persigue como colectivo criminalizado.

Paralelamente, el actual art. 173 sigue recogiendo con gran amplitud de sujetos autores y víctimas y de situaciones inter-relacionales y lo que fue el embrión de la intervención penal en materia de violencia de género parece haberse disuelto en un mar de supuestos de abuso de poder o situaciones de



vulnerabilidad de terceros. A este respecto debe tenerse en cuenta que no se trató nunca de un precepto penal que tuviera por objeto de protección la lucha contra la violencia doméstica, de género o algún concepto de análoga naturaleza. Una muestra más de su proceso de pérdida de identidad material propia es la propuesta que se encuentra en el Anteproyecto de modificación del Código penal en el que se pretenden introducir diferentes modalidades de acoso (excepto la sexual que tiene su ubicación en otro capítulo del Código penal) como un inciso al texto del mencionado artículo 173 C.p..

La ubicación originaria del precepto que se está analizando era la que actualmente ocupa, incluyendo la numeración, el actual art. 153 C.p. e incidía especialmente en el elemento de la habitualidad por eso, en puridad el nombre técnico recibido es el del ejercicio contra la violencia habitual. Como puede deducirse de la lectura del texto legal éste siempre ha contenido un inciso final en el que pretende resolver la relación entre el castigo o punición por el ejercicio habitual de la violencia y el de los resultados lesivos para otros intereses concretos derivados de ésta. Esta era la vía técnica para precisar la diferencia entre un artículo que pretende basar su estructura en el comportamiento violento habitual y el de los resultados lesivos para bienes jurídicos concretos, como por ejemplo la vida, la integridad física y otros que pudieran ser consecuencia.

Cuando se abordó la reforma en esta materia se dejó pasar la oportunidad de crear un ámbito sistemático propio para este tipo de delitos dándoles un soporte sustancial común. Y así podría haberse intentado resolver cuestiones cómo ¿qué violencia habitual queremos evitar? ¿por qué? ¿qué raíz tiene? y ¿era necesario distinguir en ella un fenómeno peculiar y concreto que se da entre hombre y mujeres?. Tal vez la causa pueda remitirse al desacuerdo político sobre el concepto objeto de protección, o puede, que a la urgencia por dar una respuesta a una alarma social creciente. En definitiva, el art. 153 quedó con el susodicho ascenso de las faltas a delitos en el capítulo de los delitos de lesiones y el que, hasta aquel momento, había sido el contenido del art. 153 paso a formar el art. 173 y, como era evidente que aquel ejercicio de la violencia habitual no era un delito de resultado sino para castigar una actividad reiterada o habitual se consideró adecuado colocarlo sistemáticamente junto con el clásico delito de torturas en el capítulo que protege un interés también de difícil concreción como la integridad moral. Pero en este caso, sea el que sea, el concepto de integridad moral que se mantenga no tiene ninguna connotación de género o de persecución de la vulneración reiterada de los derechos de la mujer.



Y lo que a mi modo de ver sorprende más aún es que la L.O. 1/2004 modificara el art. 153 C.p. para darle esa finalidad relativa a la lucha contra la violencia machista especificada en el primero de sus preceptos, pero no hizo lo propio con el art. 173 cuando, en realidad, éste fue la génesis de la supuesta lucha contra la violencia habitual contra las mujeres en el C.p. Lo cual nos indica que detrás de la supuesta integralidad de la L.O. 1/2004, que por otra parte contiene excelentes preceptos en otras materias, no hay un pensamiento transversal, ni una política criminal con un objetivo de lucha contra la violencia contra la mujer. Pareciera que ni la propia L.O. 1/2004 hubiera podido romper el techo de cristal y mirar de forma global el problema. Tal vez sólo hubiera hecho falta una cosa tan simple como preguntarse por qué muchas mujeres son agredidas por los hombres con los que tienen una relación afectiva y si esto las hacía merecedoras de una protección específica provocando así que la ley penal, dentro de sus limitaciones, incidiese en el origen de esa violencia como elemento constructor de un bien jurídico o interés a proteger independientemente de otros, sentido éste en el que parece apoyarse la STC 59/2008 de 14 de mayo cuando justifica la constitucionalidad del art. 153 C.p.



ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN FRANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO¹

Glòria Casas Vila
Investigadora del Grupo Antígona
Universitat Autònoma de Barcelona

Introducción

Este texto parte de un estudio realizado en Francia² sobre el desarrollo de la mediación familiar, prestando especial interés sobre el debate en torno a su aplicabilidad o no en los casos de separación o divorcio marcados por la violencia machista. La investigación se focalizó en el estudio de la formación de mediador-a familiar, principalmente a partir del seguimiento de las clases de formación, así como de la realización de once entrevistas semi-dirigidas con estudiantes del Diploma de Estado de Mediador Familiar (DEMF), cinco entrevistas con mediadores-as familiares en ejercicio y una entrevista con la presidenta de la Cámara de la Familia, jueza del Tribunal de Segunda Instancia (*Cour d'Appel*) de Toulouse. El objetivo principal de dicho trabajo era la comprensión de las diferentes representaciones sociales de los-las estudiantes y profesionales de la mediación familiar en torno al divorcio y la separación, la corresponsabilidad parental (la "coparentalité"), el lugar que ocupan los hijos/as en la separación, la violencia de género, los padres violentos y el movimiento *masculinista*.

La hipótesis de partida del trabajo es que los actores de la mediación familiar, al igual que el resto de profesionales del trabajo social, vehiculan ciertas representaciones, imaginarios y valores normativos sobre la familia, y la posición de hombres y mujeres en ella, que tienden a reproducir una visión del orden social sexuado marcado por la desigualdad. Bajo criterios deontológicos de neutralidad, imparcialidad y búsqueda de soluciones "equitativas", la mediación familiar representa a nuestro parecer una herramienta a considerar con mucha cautela desde una perspectiva crítica feminista.

.....
1 Como señala la socióloga francesa Margaret Maruani (2005) "El género no es un ámbito específico, es un planteamiento sobre la sociedad. El género es uno de los ejes esenciales del conocimiento, una herramienta indispensable para la comprensión del mundo social. La variable sexo no es contingente, es necesaria".

2 Trabajo final del Master "*Politiques sociales et rapports sociaux hommes-femmes*" (Políticas sociales y Género) realizado en la *Université Toulouse-Le Mirail* durante el curso 2006-2007 bajo la dirección del equipo de investigación en estudios feministas Simone-Sagesse. El trabajo de campo se realizó en el Institut Saint-Simon de Toulouse.

Asimismo, para el presente artículo intentaremos señalar algunos puntos en común con la realidad española y catalana.

La mediación bajo sospecha: algunos apuntes críticos.

En muchos de los múltiples foros y congresos que se hacen sobre la mediación familiar se dice que ésta está ligada a la comunicación, los acuerdos, al “interés de los/las hijos/as”, a la responsabilización parental, a la “humanización y modernización” del sistema judicial, a un tipo de “justicia suave” (según la expresión de Bonafé-Schmitt, J-P., 1992), a la “desjudicialización” de las separaciones, las soluciones dialogadas y consensuadas, a la “pacificación” de las relaciones familiares, etc. A primera vista parecen características interesantes y atractivas, por eso proponemos revisar algunos presupuestos de la mediación que nos parecen discutibles.

Entre las múltiples definiciones existentes, podemos decir que la mediación familiar es “un proceso en el cual una tercera persona imparcial, el/la mediador/a, intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda a reanudar un diálogo que les permitirá encontrar una solución al conflicto que los opone” (Belluci, 2007). La mediación familiar ha sido objeto de redefiniciones desde los años 1990, que son interesantes a analizar para la comprensión de su evolución. Si bien la definición que daba la Asociación Para la Mediación Familiar (APMF) en el 1998 radicaba en concebir la mediación familiar como un mero “proceso de gestión de conflictos”, más tarde, en el 2000, la Federación Nacional de la Mediación Familiar (FENAMEF) introdujo la idea de “**preservación de los lazos entre los miembros de la familia**”. Entendemos que es dentro de esta concepción que se ha popularizado la idea que habría que operar una distinción entre la “pareja conyugal” y una supuesta “pareja parental”, de la cual hablaremos más tarde. La definición más reciente y de la cuál parte la formación y práctica actual de la mediación en Francia es la que nos da el Consejo Nacional Consultivo de la Mediación Familiar (CNCMF, 2004: 7):

“La mediación familiar es un proceso de *construcción o de reconstrucción del vínculo familiar* basado en *la autonomía y la responsabilidad* de las personas implicadas en situaciones de ruptura o de separación en el cual una tercera persona *imparcial, independiente, calificada y sin poder de decisión*, el/la mediador/a familiar, favorece, a través la organización de *entrevistas confidenciales*, su comunicación y *la gestión de su conflicto* en la esfera familiar, entendida en su diversidad y su evolución”³

.....
3 Los subrayados son míos.



En efecto, la mediación familiar parte de la consideración según la cual la falta de relación de los/las hijos/as con las figuras paternas es un problema social (a menudo argumentado a partir de teorías de tipo psicológicas de dudosa cientificidad). Como afirma Romito (2001:41) «la mediación familiar se ha vuelto el instrumento de aplicación de este derecho [al mantenimiento de relaciones padre-niño/a], partiendo del principio que los padres deben olvidar el pasado y sus problemas de pareja (incluido la violencia) para centrarse hacia el futuro y considerar su papel de padres».

Respecto a las nociones de **autonomía y responsabilidad** de los conflictos, de tinte muy liberal, se puede decir que son muy problemáticas para entender las dinámicas de las relaciones de poder entre géneros y evidentemente de la violencia machista. Esta visión de las cosas, donde cada individuo está implicado, a partes iguales, en las causas del "conflicto" o de la violencia, está muy impregnada del **análisis sistémico**, teoría movilizadora fuertemente por los/las terapeutas familiares así como por buena cantidad de mediadores/as familiares, y la aplicación de la cual resulta sumamente culpabilizante para las mujeres víctimas de violencia machista y desresponsabilizadora para los hombres agresores. Como explica el doctor Luís Bonino (2004), que trabaja desde hace más de quince años con hombres violentos⁴, la terapia familiar o de pareja y la mediación familiar entienden la cuestión de la violencia como un problema de circularidad: todos los miembros de la familia tendrían la misma responsabilidad, ignorando las diferencias de poder. Como defiende el autor, quién tiene más poder tiene también más responsabilidad, y sobre todo: las mujeres no son responsables de la violencia que les es infligida. Según Bonino para qué un hombre violento pueda cambiar de comportamiento hace falta que asuma su responsabilidad (sin buscar justificaciones externas, como atribuir la culpa a la mujer) y que acepte su culpabilidad (sin buscar excusas internas, como el estrés).

Algunas personas profesionales de la mediación familiar defienden que tendríamos que hablar de mediaciones familiares en plural para dar cuenta de la diversidad de prácticas y, a veces, de la incompatibilidad entre ellas. Aunque todas las mediaciones tengan en común el hecho que se sitúan dentro de un proceso de *privatización de la justicia*: "se rechaza la intervención pública porque se considera que el lazo marital o parental se basa ahora en la sola voluntad individual" (Biletta y Mariller, 1997: 231). Así, la mediación familiar desplaza el debate de la esfera pública (jurídico-judicial) con abogados y magistrados, a la esfera privada: las partes están entre ellas con un tercero que es *neutral* a su conflicto.

.....
4 En el Centro de Estudios de la Condición Masculina (CECOMAS). Ver <http://www.cecomas.com>

Más allá de ser una simple forma de “gestión de conflictos”, la mediación tiene una función de regulación social y se inscribe, como dice Cresson (2004: 206), “en el contexto normativo que define el “buen divorcio” como una situación donde los padres continúan viéndose y son corresponsables (...) olvidando sus quejas aunque han decidido separarse”. Dos voces críticas se alzan para reubicar la mediación dentro de una evolución social y política en la manera de encarar los conflictos. Así pues, para Jocelyne Scutt (1988), jurista australiana, la práctica de la mediación se ha desarrollado cuando las categorías sociales discriminadas (obreros, mujeres, aborígenes) han tomado conciencia de sus derechos y han querido ganar el pleito delante de los tribunales. En el mismo sentido, la psicóloga social italiana Patrizia Romito (2007: 97) considera que la mediación es una “modalidad de gestión de los conflictos que los traslada del plano jurídico al psicológico y los privatiza, con la doble ventaja de hacerlos menos visibles socialmente y de ser más económica”.

El desarrollo de la mediación: desde el continente americano hasta las instituciones europeas.

Si bien la mediación familiar se desarrolló en Estados Unidos de América y Canadá desde hace tiempo, en las últimas décadas se ha producido un auge generalizado de todo tipo de mediaciones en el continente europeo, impulsado en buena parte por las instituciones de la Unión Europea. Así lo testifica la Recomendación nº98 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros en 1998. En abril del 2002, la Comisión Europea presentó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, donde instaba a promover el uso de la mediación. Más recientemente, esta recomendación se concretó en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Las diferentes leyes autonómicas sobre mediación familiar verifican el impulso que ésta está teniendo en nuestro país, siendo Catalunya una de sus pioneras (con la primera ley autonómica de mediación familiar, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado).

En nuestro país se reconoce el interés de los poder públicos y privados en este “oficio” a través de múltiples ejemplos, como el convenio de colaboración firmado el pasado mes de noviembre de 2008 entre el Departamento



de Justicia de la Generalitat de Catalunya con la Obra Social La Caixa, con el fin de impulsar el libro blanco de la mediación en Catalunya (Casanovas et alri, eds., 2009).

Mediación familiar y custodia compartida.

A nuestro parecer hay que situar el desarrollo de la mediación familiar en relación con las recientes reformas de los códigos de la familia que instauran el principio de la custodia compartida. Es el caso en Francia de la *Loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale conjointe*, a través de la cual la mediación familiar entró en el código civil francés. En el Estado español es la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que introduce la mediación en el código civil español (Disposición final tercera). Como dice la exposición de motivos de dicha ley

“con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio [...], mantener la comunicación y diálogo y, en especial, garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares [...]”

Ambos modelos legislativos presentan algunos artículos polémicos, sobre todo los relativos a las cuestiones de la guarda y custodia de los/las hijos/as. La ley española posibilita el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo pidan los progenitores en la propuesta de convenio regulador (separación o divorcio de mutuo acuerdo), pero el juez puede también acordarlo en separación o divorcio contencioso instado por una de las partes. En Francia, el juez puede imponer la *résidence alternée* incluso cuando ninguno de los dos progenitores está de acuerdo.

Por otra parte, la ley francesa fue criticada por diferentes investigadores/as y asociaciones de derechos de las mujeres en varios puntos, como por ejemplo “la imposibilidad de improvisar una corresponsabilidad en el momento del divorcio si un reparto real de las tareas en el seno de la pareja no lo había permitido antes” y por tanto “una puesta en igualdad artificial de padres biológicos investidos de forma desigual en la actividad de cuidado de los/las hijos/as” (Dufresne y Palma, 2002: 36). Es decir, parece que con las reformas que consolidan la custodia compartida se está produciendo una desvinculación creciente entre



los derechos de los padres (autoridad) y la responsabilidad (trabajo de cuidado). Por otra parte, la ley menoscaba el derecho de movilidad del territorio: "todo cambio de residencia de uno de los padres que modifique las modalidades de ejercicio de la autoridad parental tiene que hacer objeto de una información previa y en tiempo útil al otro progenitor (...)" (artículo 373-2); endurece las sanciones impuestas a cualquier progenitor que buscara proteger al hijo de las agresiones sufridas durante un derecho de visita: "la no presentación del hijo/a", ahora susceptible de pena de tres años de prisión y 45000 € de multa en Francia, ya está asimilada a un secuestro en las decisiones judiciales recientes" (Dufresne y Palma, 2002: 34). Éste fue el caso ocurrido en Dunkerque (Francia) en 2003, cuando una mujer y sus 3 hijos víctimas de violencias graves por parte de su marido y padre de los hijos, después de estar hospitalizados fueron acogidos por la asociación Sedire (que pertenece a la *Fédération Nationale Solidarité Femmes*). El marido la denunció a ella y a la asociación por "sustracción de un menor de las manos de aquéllos que tienen la autoridad parental" (artículo 227-7 del código penal). En el mes de julio de 2007 la mujer fue condenada a tres meses de prisión y 800 € de multa por el Tribunal de Grande Instance de Dunkerque. En el mes de diciembre fue finalmente puesta en libertad por el Tribunal de Apelación (Cour de Appel) de Douai.

A pesar de estas críticas, estas leyes dicen pretender impulsar el principio de la **corresponsabilidad** (*coparentalité*), y algunas personas expertas así lo entienden también (Solé y Ysás, 2009). Reclamada desde hace años desde los movimientos feministas, la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el trabajo de cuidado y educación de los/as hijos/as desgraciadamente está lejos de ser una realidad. Según algunas autoras las cargas parentales están marcadas por la disimetría debido a que "la estructura del mercado de trabajo (y sobre todo las desigualdades salariales y de carrera profesional) aparecen como sobredeterminantes en las decisiones efectuadas por las parejas para encarar la parentalidad" (Ferrand, 2005: 77). Otras teóricas han postulado, contrariamente, que es precisamente la desigualdad en el reparto del trabajo doméstico entre géneros lo que estructura el mercado de trabajo de forma discriminatoria para las mujeres (ver Delphy, 1998 y 2001). Investigadoras conocedoras de realidades sociales donde la custodia compartida es un referente legal desde hace muchos más años, como en Canadá y en el Quebec, nos alertan de que "la custodia compartida no



garantiza la igualdad de responsabilidades para los progenitores. Los roles de género no desaparecen como por arte de magia” (Côté, 2002: 27). Señala a la misma autora que

“La custodia compartida no hace que los padres sean competentes de repente. Puede llevar a un nuevo equilibrio, pero no se puede improvisar si las responsabilidades no eran compartidas antes de la ruptura. Al contrario, la custodia compartida utilizada como un arma, puede desencadenar nuevas relaciones de poder”.

En el mismo sentido se pronuncia la socióloga italiana Tamar Pitch (2003: 125)

“La división sexual del trabajo no se niega ni se afirma sólo mediante normas relativas a las relaciones familiares. Ésta tiene que ver con el modo en que está hecho y regulado el mercado laboral y, de forma complementaria, con el modo en que está hecho y funciona el Estado del bienestar”.

El interés superior del menor.

Se dice que la mediación parte de una voluntad de responsabilización parental después de la separación conyugal permitiendo a los progenitores la elaboración de soluciones individualizadas. Algunos autores como la socióloga Irène Théry (1998) apuntan que la indisolubilidad de los vínculos ha pasado del matrimonio (de la pareja) a la filiación. Como señala Smart (2003: 9) cuando las relaciones heterosexuales se convierten en menos estables, los/las hijos/as son considerados como el ideal de la estabilidad, de la duración y del amor incondicional.

Aunque en general la palabra de los/las hijos/as no es escuchada en los procesos de mediación familiar, la piedra angular de justificación de dicha práctica es “la protección del interés superior del menor”, entendido como “el derecho de los hijos/as a sus dos progenitores”. Los discursos sobre la paternidad (utilizados también por los/las mediadores/as familiares), basados en ciertas teorías psicológicas⁵/psicoanalíticas sobre la importancia de

.....
5 Por ejemplo, uno de los autores estudiados en los cursos de formación para el DEMF es Henry Wallon (*Évolution psychologique de l'enfant*, 1941), quien postula una “necesaria distinción sexual” de las funciones parentales o la dicotomía padre-autoridad/madre-cuidado.

la presencia y la implicación de los padres (figura masculina) para el “buen desarrollo” de los hijos/as, han hecho que jurisprudencialmente se esté definiendo en muchos países europeos “el contacto con el padre como un derecho del niño”, bien que el niño no tenga el derecho equivalente a no tener contactos (Smart y Neale, 1999). Algunos autores como Dufresne y Palma (2002) denuncian esta conceptualización de los hijos/as como posesiones y de la amalgama que se hace entre los derechos de los niños/as a los derechos a los niños/as, términos que las asociaciones de padres separados utilizan indistintamente. Como señala Smart (2003: 9) hay una incompatibilidad entre amar a un niño y poseerlo, pero es algo que no es necesariamente tan claro para los padres y los profesionales porque “la voluntad de poseer parece la expresión natural del amor”.

Creemos que la noción de “interés del menor”, noción ambigua y a la cual se pueden dar muchos contenidos, es una “**ficción jurídica**”, dado que son los adultos y no los menores quienes definen qué significa (Delphy, 1998: 138).

Violencia de género, ruptura y mediación familiar.

La violencia machista se intensifica en momentos concretos como durante el embarazo o la ruptura. La relación entre violencia y ruptura es muy importante: por una parte porque la violencia es la causa de la ruptura en muchos casos (46% según Alberdi y Matas, 2002: 147) y de la otra porque la ruptura desencadena una intensificación de la violencia debido al sentimiento de “desposesión” que viven los hombres violentos debido al hecho que la libertad de la mujer a separarse aparece para ellos como inaceptable.

¿Qué papel tiene la mediación en el tratamiento de la violencia de género? Éste es un debate todavía abierto (ver por ejemplo Jiménez Muñoz, 2008) que reside en buena medida en el tipo de conceptualización que se hace de la violencia de género. Diferentes legislaciones muestran un rechazo expreso al recurso a la mediación en los casos marcados por la violencia. Son ejemplos de ellas la prohibición expresa que hace la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (artículo 44), o más lejos todavía, la Ley del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México, que presentan una postura muy tajante al respecto. También tal y como defiende el Grupo 25 en los “Criterios de calidad para intervenciones con hombres que ejercen violencia en la pareja (HEVPA)”.



“No están indicadas por inadecuadas las intervenciones que se apoyan en modelos psicoterapéuticos convencionales (psicoanálisis, terapia familiar o conductual) tales como las terapias interpersonales de pareja o familia o la mediación” (Criterio 4, inadecuación y riesgos de intervenciones no específicas. Límites; página 15).

A pesar del hecho que la ley en el Estado español prohíba la mediación familiar en casos marcados por la violencia de género (conocidos por el juez, es decir, denunciados), todavía existen muchas resistencias a considerar seriamente el problema de la violencia machista, tal y como manifiesta este juez de Primera Instancia de Sevilla, Francisco Serrano (2008: 73), defensor a ultranza de la mediación familiar. Según él, no es indicada la mediación en:

“(...) situaciones de violencia de género, entendida como violencia machista que *realmente* implique discriminación, desigualdad, humillación y miedo para la mujer que la padece, lo que significa que *la mayor parte de los casos que llegan a los juzgados de violencia, podrían ser objeto de mediación*, posibilidad que veta, entiendo erróneamente, la nueva ley de protección integral contra la violencia de género”⁶

Nos preguntamos cuál es la violencia machista que no implica discriminación, desigualdad, humillación y miedo.

La mayoría de mujeres no denuncian la violencia de la cuál son víctimas porque, como señala M. Jaspard (en Maruani, 2005: 155). “las mujeres víctimas se callan porque tienen miedo, porque se sienten culpables o avergonzadas, ellas minimizan los hechos de violencia que sufren o los niegan totalmente”

La ley francesa permite que el juez pueda imponer (“*enjoindre*”) la mediación familiar a los miembros de la expareja. Esto fue resultado de una enmienda del Senado que permite a los jueces/zas la posibilidad de imponer una primera sesión informativa de mediación a los padres en desacuerdo, incluso en el caso de violencia de género constatada. Diversas asociaciones que trabajan con mujeres víctimas de violencia de género denunciaron y denuncian esta medida.

.....
6 El subrayado es mío.

La mediación familiar puede penalizar a las mujeres porque (Romito, 2007):

- el proceso de mediación exige el paro o retirada de los contenciosos judiciales, lo que para la víctima puede suponer el impedimento para realizar una eventual denuncia.
- El proceso está más centrado en el presente y el futuro que en el pasado, cosa que es más fácil y ventajosa para el agresor que para la víctima.
- El modelo de responsabilidad compartida tiene el efecto de culpabilizar a las mujeres de la violencia que sufren. Algunos mediadores utilizan el método del análisis sistémico.

Según Cresson (2002: 202), el debate sobre la posibilidad o no de recurrir a la mediación familiar en caso de violencia de género se basa en “dos concepciones antagónicas de las desigualdades de género manifiestas en la relación conyugal y de manera más general en las relaciones entre los géneros”. Los autores que defienden la aplicabilidad de la mediación en los casos de violencia, tienden a defender que los hombres y las mujeres pueden negociar al mismo título, a condición de que la persona mediadora haga bien su trabajo. Como señala Cresson (2002: 209) “se focalizan en los casos individuales, que se proponen resolver independientemente los unos de los otros -caso por caso, en suma”. Un ejemplo de esta postura es la de Jacques Faget (2004: 10) para quien el uso de la mediación se puede hacer “cuando el recurso a la violencia no es estructural sino contextual, de tipo reactivo ante una situación vivida como insoportable, finalmente si la competencia de los mediadores es incontestable”.

La violencia de género, cuyas manifestaciones no son siempre físicas, no es directamente detectable por las personas mediadoras. Por eso es de vital importancia la formación de los/las estudiantes de mediación familiar sobre las características específicas que toma este tipo de violencia. Delante de las preguntas “¿se puede realizar una mediación familiar en todos los casos de ruptura? O ¿cuál es el lugar que ocupa la mediación familiar en los casos marcados por violencia de género? nuestro estudio concluyó que:

- Entre el **colectivo de estudiantes**, cuatro realizarían una mediación familiar en casos de violencia de género; cuatro no lo harían, y tres dudarían, no sabrían qué hacer.



- Entre el **grupo de mediadores-as familiares profesionales**: una mediadora no haría una mediación en el caso de violencia de género *actual*; otra no haría mediación en el caso de violencia de género pero sí en el caso de “violencia reactiva”; otro realizaría la mediación sin problemas y dos mediadoras no lo harían “al menos si se dieran cuenta de que hay violencia en la pareja”.

Como podemos ver, el abanico de respuestas es amplio y sin gran consenso sobre si tomar en cuenta o no la violencia como problema para la mediación familiar.

Buena parte de los mediadores entrevistados tienen esta conceptualización de la violencia como resultado de la ruptura (“crisis de pareja”, “violencia reactiva”) y no como una prolongación de la violencia anterior. ¿La violencia es un epifenómeno? ¿Es solamente una reacción debida a la separación? Como señala Romito (2007) parece que la mediación sea precisamente propuesta e impuesta cuándo ha habido conflictos mayores acompañados de violencia, porque en los otros casos los padres se han puesto de acuerdo ellos mismos sobre la guardia y custodia de los hijos.

La concepción de la neutralidad que no toma en cuenta la desigualdad entre los actores puede ratificar los riesgos en los casos de violencia. Como concluye Cresson (2002: 216) “la mediación no debe contribuir a privatizar y/o minimizar la naturaleza criminal de la violencia de género. La mediación no se tiene que convertir tampoco en una manera para los maridos violentos de tener acceso a su esposa y/o para controlarla”.

¿La violencia de género afecta a los/las hijos/as?

Se dice que hay que separar la violencia de género de la violencia en contra de los niños/as. O dicho de otra manera, un hombre *puede ser un marido violento pero ser un buen padre*. La violencia de género incluye siempre a los/las niños/as. Tal y como demostró el informe al ministro delegado de la salud en Francia dirigido por el doctor Roger Henrion (2001) la violencia de la que el niño es testimonio tiene los mismos efectos sobre él que si fuera víctima. Un estudio reciente elaborado por UNICEF (2006) muestra que, incluso cuando los niños no son las víctimas directas, “el hecho de observar, escuchar o ser consciente de la violencia familiar puede tener consecuencias en su desarrollo físico, afectivo y social durante la infancia pero también a lo largo de su vida”.



En este sentido es interesante la moción aprobada por el Senado español el pasado mes de septiembre de 2009⁷ para hacer un reconocimiento normativo de los/las niños/as como víctimas directas de la violencia de género.

Las asociaciones de padres separados, en defensa de la mediación familiar.

El aumento de las separaciones ha sido acompañado por cierta construcción mediática de un incremento de los litigios entorno a la guardia y custodia de los/las hijos/as, desarrollándose un **“nuevo estereotipo cultural sobre el padre desposeído”** (Dufresne y Palma, 2002: 32). Los padres “serían víctimas” de un sistema judicial que supuestamente los discrimina porque otorga la guardia y custodia automáticamente a las madres. Según Smart (2003) ha habido un aparente crecimiento del conflicto entre padres y madres sobre el tema de la custodia de los hijos, debido a la influencia del lobby de padres separados, que ha configurado el problema como un conflicto de género. El lobby de padres separados, que algunos autores califican en términos de movimiento masculinista o posmachista⁸, podría definirse como un movimiento que nace de la percepción de la pérdida de poder de los hombres en la esfera privada y familiar. Otras autoras como Barbara Ehrenreich o Susan Faludi califican este movimiento de revancha o de *backlash* al movimiento de liberación de las mujeres de los años setenta (Faludi, 1992).

El movimiento de padres separados aparece en Europa a partir de los años 1980: el primero fue el grupo belga MEP (“Mouvement pour l’Égalité Parentale”), en 1982. Después “Väteraufbruch für Kinder”, fundado en Alemania en 1989, y más tarde el grupo francés “SOS Papa”, en 1990. Según algunos autores, las asociaciones de padres separados reclaman la custodia compartida de manera sistemática porque ganan “un pretexto de mantenimiento de la autoridad paterna, una parte igual de ventajas fiscales y sociales y, sobretudo, la ocasión de escapar a cualquier responsabilidad de pensión alimentaria” (Dufresne, introducción del artículo de Berger, 2005).

.....
7 “Moción por la que se insta al Gobierno a la adopción de determinadas medidas en relación con el reconocimiento de los niños como víctimas directas de la violencia de género”, a iniciativa del grupo popular. Ver <http://www.senado.es>

8 Para ver una conceptualización del masculinismo ver Dufresne (1998) y Blais y Dupuis-Deri (2008). Sobre el posmachismo ver Lorente Acosta (2009).



Estas asociaciones gozan de una importante mediatización en todos los países y a menudo realizan acciones a carácter violento (en Gran Bretaña el grupo “*Fathers 4 Justice*” intentó en 2006 secuestrar al hijo de Tony Blair).⁹ La manera cómo este movimiento ha configurado el debate, autoproclamándose “víctimas de un sistema judicial discriminatorio” y más generalmente de un movimiento feminista “que ha ido demasiado lejos”, la lucha por los hijos se ha convertido en uno de sus *leit motifs* principales. La lucha de los padres para tener la custodia de los hijos/as es muy importante: es la concreción de la “**reconstrucción del patriarcado**”, según la expresión de Carol Smart y Selma Sevenhuijsen (1989). Efectivamente, como concluye Romito (2007) en el sistema patriarcal, el control ejercido sobre la madre y los hijos es una prerrogativa demasiado importante para renunciar sin resistencia. O como dice Harne (2002: 12)

“no eran las madres las que los excluían deliberadamente sino los padres mismos que renunciaban a mantener el contacto y que, cuando se volvían a casar perdían el interés por los hijos de la primera esposa (...) Aparecía que la preocupación de algunos hombres estaba ligada a la percepción de su pérdida de poder y de control sobre las mujeres y los hijos, así como el debilitamiento de su estatuto social de hombre y de padre, ligado a la tendencia de algunas mujeres de huir del matrimonio o de rechazarlo totalmente”

En Francia, como en el Estado español, las asociaciones de padres separados promueven la mediación familiar. Sus reivindicaciones principales son: la custodia compartida en todos los casos de separación o divorcio, la consideración de la violencia de género como “una verdadera victimología femenina”, en muchos casos la defensa de las denuncias falsas de agresión sexual durante la separación y del Síndrome de Alienación Parental (SAP).¹⁰ Efectivamente, estas dos teorías muy mediatizadas y de escaso fundamento científico, han permitido desacreditar la palabra de los niños/as que denuncian abusos sexuales y la palabra de las madres que intentan protegerlos. Contrariamente a la teoría de las “falsas alegaciones de abusos sexuales durante la separación”, teorizada por el profesor de psicología belga Hubert Van Gijseghe¹¹, de un lado el porcentaje de denuncias de agresiones sexuales incestuosas en contexto de separación de los padres

.....
9 “El secuestro frustrado del hijo de Blair. Elementos radicales de Padres por la Justicia planearon retener unos días al pequeño Leo”. *La Vanguardia*, 19/01/2006.

10 Para una crítica del SAP, ver Barea y Vaccaro (2009), y Romito y Crisma (2009).

11 Según Tonelotto y Hansmann, *In nomine patris* (documento audiovisual).

es muy bajo¹², y del otro solamente entre el 2% y el 8% de las denuncias por agresiones sexuales incestuosas son insuficientemente fundadas, según varios estudios (ver Romito, 2007: 86). La teoría del “**Síndrome de Alienación Parental**” (SAP), fue inventada por el psicoterapeuta americano Richard Gardner y no reconocida por la psiquiatría oficial.¹³ Como explica Romito (2007), según Gardner las denuncias por incesto en un contexto de litigio por la custodia del hijo durante un divorcio serían falsas y atribuidas al SAP. Según éste, si un/a niño/a rechaza ver a uno de sus progenitores (casi siempre el padre) se debe a que sufre un estado de “alienación” (manipulación) provocado por la madre, y no porque realmente hubiera sufrido violencia.

Pero a pesar de estos grupos militantes y la ideología muy reaccionaria que los sostiene, la mayoría de las parejas se ponen de acuerdo, la asignación de los hijos/as a las madres se hace más bien por consenso que por discriminación sistemática de los padres. Cuando los padres piden la custodia, en la mayoría de los casos lo obtienen (Dufresne y Palma, 2002; Harne, 2002 y Romito, 2007).

Breve conclusión.

Las ventajas de la mediación familiar respecto de los modos tradicionales de gestión de las separaciones no son claras (a parte de la disminución del coste que supone para el sistema judicial). Dada la naturaleza confidencial de las sesiones de mediación familiar “ninguna información está disponible sobre el objeto de los litigios, el contenido de los acuerdos si es que ha existido, ni las consecuencias de la medida a largo plazo” (Moreau, Muñoz-Perez y Severin, 2005: 3). Resulta patente que la mediación familiar tiene un apoyo político muy importante, incluso si no podemos probar las mayores ventajas que ofrece, los estudios de evaluación que existen son muy mitigados respecto a los resultados de la mediación.

.....
12 Por ejemplo, según el estudio de Thoennes et Tjaden (1990) sobre 9.000 casos de divorcio con contencioso sobre la custodia de los hijos/as, en menos del 2% de los casos uno de los padres había puesto una denuncia.

13 No ha sido nunca incluido en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales -*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM)- de la Asociación Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*), ni en el CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud. Tampoco está reconocido por la Asociación Española de Neuropsiquiatría. A pesar de ello el SAP está siendo utilizado por los operadores jurídicos.



Por eso creemos que hay que seguir estudiando de cerca su implantación, la formación que se da a los/las estudiantes, de la cual dependerá su posicionamiento frente a situaciones que piden romper esta supuesta “imparcialidad”, especialmente en los casos dónde la desigualdad entre hombres y mujeres es flagrante, como en la violencia. Si no continuaremos manteniendo esta impunidad social de la que gozan la mayoría de hombres violentos gracias a la permisividad social, así como a todo un conjunto de complicidades y connivencias (Romito, 2007). Hace falta pues una reflexión profunda sobre el hecho que los derechos de los padres a mantener relaciones con los/las hijos/as puede poner en peligro a las mujeres y a éstos mismos, y no subestimar pues su derecho a la seguridad.

Igualmente creemos que hay que tomar conciencia del tipo de familia que se está idealizando a través de la mediación familiar (en contraposición a las familias reconstruidas basadas en otras relaciones que la construcción de los lazos biológicos), y sobretodo estar atentas a las significaciones que se están dando al concepto de “pareja parental”, cada vez más presente en los discursos, concepto que tendría que ser revisado pues a nuestros ojos es una forma de cuestionamiento del derecho mismo a la separación o al divorcio.

Las actuales reconfiguraciones familiares provienen de un decimonónico régimen matrimonial que consolidaba el poder de los hombres en la esfera privada. Asimismo, la construcción de los Estados del Bienestar ha reproducido en gran medida este modelo. Por eso, como dice C. Smart (2003: 4) “es importante reconocer que este momento en la historia del código de familia está interiorizado de manera profunda en la memoria cultural, e incluso en algunas expectativas contemporáneas”. Si no tenemos en cuenta que la reciente igualdad jurídica entre hombres y mujeres está enmarcada en un contexto de desigualdades de género estructurales continuaremos cayendo en la trampa del mito de que “ya somos iguales” (“*l'égalité-déjà-là*”) denunciado por C. Delphy (2004) como el arma más eficaz para que todo continúe tal y como está.



BIBLIOGRAFIA

ALBERDI, I. y MATAS, N. (2002): *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Barcelona, Fundació La Caixa, colección Estudios Sociales, nº 10.

BILETTA, I. y MARILLER, N. (1997) :“Médiation familiale et droits des femmes. Réflexion institutionnelle”. In BABU, A., BILETTA, I. et altri (1997): *Médiation familiale. Regards croisés et perspectives*, Ramonville, Saint-Agne Érès.

BAREA, C. y VACCARO, S. (2009): *El pretendido síndrome de alienación parental. Un instrumento que perpetúa el maltrato y la violencia*, Bilbao, Desclee de Brouwer.

BELLUCCI, M-H. (2007): *DEMF. Études et diplôme de médiateur familial*, Paris, Vuilbert.

BERGER, M. (2005) : « La résidence alternée, une loi pour les adultes ? », en *La résidence alternée : quel choix pour les enfants ?*, en Journal des Psychologues. Junio 2005, nº 228, Paris.

BLAIS, M. y DUPUIS-DÉRI, F. (2008): *Le mouvement masculiniste au Québec. L'antiféminisme démasqué*, Montréal, Du Remue-ménage.

BONNAFÉ-SMITH, J-P. (1992): *La médiation : une justice douce*. Paris, Syros Alternatives.

BONINO, L. (2004): “Obstáculos a la comprensión y a las intervenciones sobre la violencia (masculina) contra las mujeres en la pareja”. Disponible en <http://www.luisbonino.com/PUBLI05.html> (consultado el 05/09/2008).

CASANOVAS, P.; DÍAZ, L.; MAGRE, J. y POBLET, M., eds. (2009): *Materials del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

DELPHY, C. (1998) : *L'ennemi principal. 1. Économie politique du patriarcat*, Paris, Syllepse.

DELPHY, C. (2001) : *L'ennemi principal. 2. Penser le genre*, Paris, Syllepse.



DELPHY, C. (2004) : « Retrouver l'élan du féminisme », en *Le Monde Diplomatique*, Mayo 2004, Paris, SA Le Monde Diplomatique.

CONSEIL NATIONAL CONSULTATIF DE LA MEDIATION FAMILIALE (2004) « Médiation familiale: un métier pour l'avenir. Travaux et recommandations ». Décembre 2004. Se puede descargar en la página web de l'UNAF.

CÔTÉ, D. (2002): « Ni partagée, ni panacée », entrevista de Françoise Guénette, *Gazette des femmes*, Vol. 23, nº6, marzo-abril 2002, pp. 26-31.

CRESSON, G. (2002) : « Médiation familiale et violence conjugale ». *Cahiers du genre*, nº 33, 2002, «L'égalité, une utopie ?», Paris, L'Harmattan.

DUFRESNE, M. (1998) : « Masculinisme et criminalité sexiste », en *Recherches Féministes*, 11 (2), pp. 125-137.

DUFRESNE, M. y PALMA, H. (2002) : « Autorité parentale conjointe : le retour de la loi du père », en *Nouvelles Questions Féministes*, Garde Parentale, Prostitution, Volume 21, nº2, pp. 31-54.

FAGET, J. (2004) : « Médiation et violences conjugales », *Champ pénal*. URL: <http://champpenal.revues.org/document50.html> (consultado el 05/07/ 2007).

FALUDI, S. (1992) : *Backlash : the undeclared war against American women*, New York, Crown.

FERRAND, M. (2005) : « Egaux face à la parentalité ? Les résistances des hommes... et les réticences des femmes » en *Revue Actuel Marx*, « Critique de la famille », nº 37, pp.71-88.

GRUPO 25 (2006) : « Criterios de calidad para intervenciones con hombres que ejercen violencia en la pareja (HEVPA) », *Monográfico Cuadernos para el debate*.

HARNE, L. (2002) : « Nouveaux pères, violence et garde des enfants ». en *Nouvelles Questions Féministes*, Garde Parentale, Prostitution, Volume 21, nº2.

HENRION, R., dir. (2001) : *Les femmes victimes de violences conjugales, le rôle des professionnels de santé*, Paris, La documentation Française.



JIMÉNEZ MUÑOZ (2008): "En defensa de la mediación familiar en violencia de género." *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 39.

LORENTE ACOSTA, M. (2009) : *Los nuevos hombres nuevos. Los miedos de siempre en tiempos de igualdad*, Barcelona, Destino.

MARUANI, M., dir. (2005) : *Femmes, genre et sociétés. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte.

MOREAU, C.; MUÑOZ-PEREZ, B. y SERVERIN, E. (2005) : « La médiation familiale et les lieux d'exercice du droit de visite dans le secteur associatif en 2003 » en *Infostat Justice*, nº 84, Bulletin d'information statistique du Ministère de la Justice. Disponible en <http://www.justice.gouv.fr> (consultado el 17/08/2007).

PITCH, T. (2003) : *Un derecho para los dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.

ROMITO, P. (2001): « Violence privée, complicités publiques. Les réponses des institutions sociales et sanitaires aux femmes victimes de violences conjugales », en AÏACH, P.; CÈBE, D.; CRESSON, G. et PHILIPPE, C. (sous la dir. de), *Femmes et hommes dans le champ de la santé*, Paris, ENSP.

ROMITO, P. (2007): *Un silencio ensordecedor. La violencia ocultada contra mujeres y niños*. Barcelona, Montesinos.

ROMITO, P. y CRISMA, M. (2009) : « Les violences masculines occultés: le syndrome d'aliénation parentale », en *Revista Empan*, nº73, Ramonville-St. Agne, Érès.

SEVENHUIJSEN, S. y SMART, C. (1989): *Child custody and Politics of Gender*, London, Routledge.

SMART, C. y NEALE, B. (1999): *Family fragments?* Cambridge, Polity Press.

SMART, C. (2003): « Towards an understanding of family change: Gender conflict and children's citizenship » disponible en <http://www.leeds.ac.uk/family/members/smart.htm> (consultado el 17/03/2008).



SCUTT, J. (1988): "The privatisation of justice: power differentials, inequality, and the palliative of counselling and mediation". *Women's Studies International Forum*, vol. 11, nº 5, pp. 503-520. USA, Pergamon Press

SOLÉ, J. y YSÁS, M. (2009) : « Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo », Comunicación al congreso La feminización del Derecho privado. Una propuesta para el siglo XXI, Sevilla.

THÉRY, Irène (1998): *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, La Documentation française/Odile Jacob.

THOENNES, N. y TJADEN, P. (1990): "The extent, nature and validity of sexual abuse allegations in custody/visitations disputes". *Child abuse & neglect*, 14: 151-163, New York, Elsevier Science Pub.

TONELOTTO, M. y HANSMANN, M. (2005): « In nomine patris » (documento audiovisual), emitido por la cadena de televisión francoalemana Arte el 22 de marzo de 2005.

UNICEF (2006) : « Les victimes de la violence familiale sont souvent les enfants ». disponible en http://sisyphe.org/article.php3?id_article=2356 (consultado el 24/07/2007).





GÉNERO, RAZA Y RACISMO: LA PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO (HIJAB) EN FRANCIA¹

Christine Delphy

*Directora de Investigación Emérita del
Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS)
Co-fundadora de la revista Nouvelles Questions Feministes*

Introducción

En Octubre de 2003, surgió una polémica en Francia que sigue aún vigente con respecto al pañuelo islámico o velo —en árabe, *hijab*—, una prenda para la cabeza que cubre el cabello y la nuca de las mujeres, aunque no oculta el rostro. Dos chicas estudiantes de instituto fueron formalmente expulsadas de la escuela por utilizar este “velo”. En diversos periódicos y revistas hubo destacados artículos en favor y en contra de su expulsión.

Ya en 1989, y nuevamente en 1994, el “velo” islámico fue el centro de una controversia nacional (Gaspard y Khosrokhavar, 1995). En 1994, el Gobierno francés dejó a criterio de las autoridades escolares decidir si aceptar o rechazar el uso del velo. Incluso cuando las autoridades decidieron la expulsión, su decisión fue revocada por la Corte Constitucional sobre la base de que, en la medida que el uso del *hijab* no constituía proselitismo, el derecho de las jóvenes a la educación debía prevalecer. Pero en este último caso, el gobierno constituyó un comité (la Comisión Stasi), que trabajó durante el otoño y el invierno de 2003 para estudiar la viabilidad acerca de la posibilidad de una legislación que dejara fuera de la ley el uso de todo signo religioso visible en las escuelas y en la administración pública.

Yo creo que este tercer asunto del “velo islámico” es ejemplar en el sentido que es el resultado de un largo proceso de resistencia a los efectos de la colonización y la discriminación de los no-europeos por parte de los europeos, y que demuestra que la resistencia asume formas variadas, algunas de las cuales profundizan el abismo entre las dos poblaciones y son utilizadas por los dominantes para justificar su tratamiento sobre los dominados. El género es de suma importancia en los dos extremos de la historia: en los comienzos de la colonización y en el hecho de la prohibición del pañuelo, en el cual sólo se está castigando a las mujeres... en nombre de los derechos de las mismas.

.....
1 Traducido por Alejandro Piombo. Revisado por Glòria Casas Vila.

Mi argumentación es que las mujeres francesas jóvenes usan el *hijab* por todo tipo de razones, pero también como signo de resistencia al racismo francés, y que la sociedad francesa, confrontada con esa rebelión indirecta, en vez de abatir sus causas —el racismo—, ha decidido reprimir ese signo. Esta “reacción” es una respuesta inadecuada, dado que representa la continuidad del mismo tratamiento colonial al que las poblaciones tomadas como blanco rehúsan someterse más, y uno puede advertir que, en lugar de reducir las tensiones, la prohibición del *hijab* y la estigmatización del Islam que la acompaña, por lo contrario, las exacerbarán.

El racismo y la discriminación: el fracaso de la integración.

Francia, al igual que Gran Bretaña, fue un importante poder colonial hasta la década de 1960. Poseía todo el norte de África (el Magreb) Argelia, Marruecos y Túnez. Argelia fue conquistada en 1830, y fue un “departamento” francés desde la década de 1870 hasta 1962, cuando se independizó después de una larga y sangrienta guerra. Sin embargo, albergó dos categorías de ciudadanos: franceses y otros europeos, en su mayoría españoles, que habían emigrado allí, a quienes se les habían otorgado tierras nativas, y que fueron llamados “franceses de origen”, disfrutando de una plena ciudadanía. Los nativos eran llamados “franceses musulmanes”, y su voto contaba una quinta parte del voto de un francés “regular”. Antes de la Segunda Guerra Mundial, los argelinos nativos comenzaron a migrar a Francia en busca de trabajo. Siendo ya 500.000 en la década de 1950, su número se incrementó anualmente hasta mediados de la década de 1970. En el momento en que se detuvo la inmigración, debido a la recesión económica provocada por la crisis petrolera, dos de los tres millones de inmigrantes provenientes de Argelia, Túnez y Marruecos se habían establecido en Francia. Los inmigrantes del norte de África no fueron a Francia con la intención de permanecer allí, pero el regreso a menudo resultaba imposible. Bajo la ley francesa, los niños nacidos en Francia, incluso de padres extranjeros, son ciudadanos franceses a menos que adopten la nacionalidad de sus padres, a la edad de 18 años. De este modo, la mayoría de los niños nacidos en Francia de padres inmigrantes magrebinos ostentan la ciudadanía francesa. Muchos de ellos son hoy en día adultos y tienen sus propios hijos.

Francia cuenta con una larga historia de inmigración. A lo largo de todo el siglo XX, llegaron inmigrantes de muchos países europeos, al igual que de las anteriores colonias francesas. Todos ellos fueron explotados y discrimi-



nados; sin embargo, sus hijos se asimilaron en gran medida. Los nombres italianos, polacos, españoles y portugueses son comunes en Francia, y eso no constituye una desventaja para quienes los llevan. No obstante, esto no es válido para los hijos de los inmigrantes del norte de África -y de África en general. Aún cuando ellos poseen la nacionalidad francesa, no se les percibe como franceses y son el blanco de un racismo casi universal, más que otros grupos de origen no europeo. Por ejemplo, son a menudo llamados "inmigrantes de segunda generación", una expresión utilizada por los medios de comunicación para designar a los/las hijos/as que descienden de norteafricanos. Si bien esta expresión lógicamente no tiene sentido, pues la condición de inmigrante no se puede heredar de manera tan fuerte, demuestra que, a diferencia de otros inmigrantes, esta gente y sus propios hijos son considerados como extraños.

Pocos estudios muestran que los adultos y los jóvenes de ascendencia norteafricana sufren una fuerte discriminación (Tribalat, 1995).² Su rendimiento escolar es más bajo que el de los niños de ascendencia francesa. Los chicos permanecen más tiempo en la escuela, y a pesar de ello obtienen menos diplomas de graduación. Las chicas, que se pensó durante un buen tiempo que eran las "ganadoras", no logran los mismos resultados que las hijas de padres franceses, y en general no obtienen tan buenos resultados como sus hermanos. Pero es especialmente en el mercado laboral donde las diferencias entre chicos de ascendencia norteafricana y la "población general" son más marcadas. Siendo las otras variables iguales (el grupo de control para los diplomas), las posibilidades de desempleo para los jóvenes norteafricanos son cuatro veces más elevadas que para el conjunto de jóvenes (un 10% de desempleo en la franja de edad de los 18 a los 25 años de promedio, y un 40% para los hombres de padres magrebíes). Una mujer francesa joven tiene dos posibilidades entre diez de estar desempleada, pero tiene más del doble de esa posibilidad si es de ascendencia norteafricana (20% de desempleo en la franja de edad de los 18 a los 25 años, y 35% para las mujeres de origen magrebí). Un informe reciente sobre discriminación racial demostró que esta exclusión es sistemática, y que proviene de la manera de funcionar formal e informal de la sociedad en general.

.....
 2 Como señala la autora, esto es debido a las fuertes resistencias en Francia a tomar en cuenta la variable "religión, color de piel u origen étnico" en ningún registro de población. Está prohibido por ley mencionar o preguntar estas características en los documentos públicos, aunque la práctica social sí tome en cuenta estas características [Nota de Traducción, en adelante N de T].

Luchando contra el rechazo: las demandas de igualdad y el anti-racismo.

Los jóvenes franceses nacidos de padres norteafricanos reaccionaban, y aún lo hacen, contra el racismo y la discriminación de dos maneras diferentes. Adoptando una distancia temporal, estas dos maneras se pueden ver como dos momentos. En primer lugar, ellos intentaron “integrarse”, ser tan similares como fuera posible al resto de personas francesas. Luego, enfrenándose con la discriminación, organizaron en 1982 una protesta política, la “Marcha por la Igualdad”, cuyo nombre fue rápidamente deformado en la memoria colectiva como la “Marcha de los *Beurs*” (*Beurs* es la palabra que en la jerga francesa se utiliza para designar a los “árabes”, y a su vez “árabe” es el nombre que se le da en Francia a la gente de origen magrebí). Un segmento de los manifestantes fue rápidamente captado por los socialistas, y sus energías canalizadas en el proyecto “SOS-Racismo”, que abogaba por la tolerancia cultural y el respeto por las “diferencias”, mientras mantenía un silencio total con respecto a la desigualdad social que era la propia causa de la marcha. Esta estructura intentó desviar el descontento de los jóvenes. Tal manipulación política tuvo éxito hasta el punto que se las arregló para mantener el *status quo* durante veinte años y para aislar a los manifestantes más politizados. Y, por supuesto, la campaña culturalmente orientada del Partido Socialista también fracasó. Tal como los jóvenes “árabes” a menudo dicen: “Me siento como cualquiera, pero ELLOS siempre mencionan mi diferencia”. Los franceses no aceptaron, ni aceptarán, a los árabes como otro grupo francés, tal como pasa con los bretones o los alsacianos. Los jóvenes árabes han decidido ahora reclamar esa diferencia, y eso puede significar o incluir cosas diferentes. Por ejemplo, pueden adoptar un modo de vida delictivo —como vendedores de drogas—, lo cual muchos ven como la única alternativa en vez de vivir bajo la asistencia del Estado. Ellos se ven como los únicos hombres verdaderos, en tanto los demás son vistos como “burgueses”, blandos y estúpidos.

En general, la estrategia antirracista consiste en revertir todos los estereotipos negativos y transformarlos en rasgos positivos, de los cuales carece el grupo dominante, los franceses. Luchar contra el racismo tiene distintas formas de acuerdo con los individuos, y también en relación con el género. Los jóvenes que no tienen diplomas escolares son los que más probablemente adopten actividades delictivas, odian a los “franceses”, a quienes también llaman “blancos”, “galos” o “burgueses”, y digan que no tienen nada en común con ellos, poniendo por delante otras identidades. En contraste,



los jóvenes que han sido alentados por sus familias para tener éxito en sus estudios, se muestran deseosos de que el sacrificio de sus padres por educarlos no sea en vano. Sin embargo, con el objetivo de tener éxito —incluso aunque sólo sea de forma “moderada”, eso es, para obtener un empleo—, ellos tienen que controlar lo que tienen en común con los delincuentes: su odio al racismo.

El género en la situación actual “de castas”

a) El doble peligro para las mujeres.

Si todos los niños descendientes de norteafricanos son puestos en dobles apuros por parte del racismo, las mujeres, y en particular las jóvenes, se encuentran en una situación peor. Ellas tienen que vivir una situación casi de esquizofrenia: son más fácilmente aceptadas que sus hermanos, son “lindas” en tanto sus hermanos son peligrosos; pero para conseguir la aprobación de la gente francesa, tienen que apartarse de su origen y de su familia por completo, borrar de ellas el último rastro de “arabismo”, pues este aspecto siempre estará del lado del débil a los ojos de los franceses.

Esta proposición francesa no es explícita: sólo se puede llegar a deducir. Es probable que, conscientemente, la sociedad francesa quisiera, y aún quiera, que estas mujeres sean las emisarias de la civilización en sus propias familias; aunque en la práctica, la carga que esto supone para estas mujeres actúe como un precepto para escaparse. Sin embargo, ¿cómo pueden ellas cortar todos los lazos con sus orígenes y apartarse por completo de sus vecindarios y de sus familias? Este mensaje subliminal de la sociedad francesa a las “bonitas muchachas árabes” es el mismo que el mensaje más explícito que la sociedad colonial dio a sus abuelas hace cuarenta años: “¡Dejen a sus hombres, vengan con nosotros!”. Pero incluso si ellas quisieran hacerlo, no pueden materialmente apartarse, dado que no se les ofrecen las oportunidades económicas para hacerlo. De este modo, las mujeres jóvenes tienen que “parecer” francesas y liberadas para ser aceptadas por los franceses, a la vez que ser modestas y sumisas en sus familias. Ellas fluctúan constantemente entre dos patrones de comportamiento, de acuerdo con el entorno, a un tremendo costo psicológico. Puede parecer que los/las hijos/as de los norteafricanos han heredado de la cultura de sus padres una definición de género que distingue a las mujeres entre “prostitutas” y “mujeres respetables”; sin embargo, esta definición, aunque levemente modificada, es también occidental, y no se puede construir como exclusi-

vamente “magrebi”, “árabe” o “musulmana”. Uno de los elementos que apoya esta hipótesis es el hecho de que la mayoría de los hombres que cursan estudios superiores y cuentan con buenas perspectivas laborales, más bien tienden a adoptar los nuevos valores franceses de compatibilidad y de intimidad con sus futuras esposas. Ellos no están obsesionados por controlar la sexualidad de sus hermanas; por el contrario, están a menudo confabulados con ellas para relajar las estrictas reglas que el padre pone a los hermanos para vigilarlas. Algunas personas son críticas con el doble patrón que prevalece. Si ellos advierten a sus hermanas acerca del sexo casual, no es para salvar el honor de la familia, sino para salvaguardar el sentido de valor de sus hermanas como personas.

En relación a la actitud de las jóvenes con respecto a la virginidad, algunas se adhieren a ella, otras la rechazan y escogen lo que ellas consideran el modo “francés”, y otras incluso adoptan un tercer punto de vista: no se adhieren a la virginidad como norma social, sino desde su posición ventajosa, que combina la cultura enseñada por sus padres con una visión negativa de la cultura francesa. Ellas son capaces de ver la superficialidad y el peligro para una mujer de lo que se denomina en Occidente “la liberación sexual”, y que incorpora, de hecho, una visión del sexo muy tradicional en la que las mujeres lo usarían como moneda de cambio. La sospecha que ellas tienen respecto a la cultura francesa de que ésta es racista, también les permite ver este aspecto más claramente, y defender un ideal de sexualidad como algo que una mujer debería hacer y disfrutar para sí misma, no en respuesta a las exigencias de un hombre usando el sexo como moneda de cambio. Irónicamente, ésta es la clase de sexualidad que promete a las mujeres la cultura occidental, aunque no la proporcione. Las mujeres árabes, quizás debido a la necesaria distancia que mantienen con esa cultura, parecen tener ojos más penetrantes que muchas mujeres “francesas-francesas”.

b) El género y la apropiación específica.

El feminismo y las feministas no llegaron a las mujeres “del gueto” más de lo que lo hicieron a las mujeres de la clase trabajadora en general: el desafío común contra lo que se percibe del feminismo como una preocupación burguesa existió y, hasta cierto punto, todavía existe. Sin embargo, algunas mujeres jóvenes que han sido víctimas de violaciones colectivas en los “barrios” periféricos³ —los guetos— rompieron el silencio hace dos años,

.....
 3 En francés se usan los términos “quartiers” (barrios, vecindarios) o “banlieues” (periferias) que la autora designa como guetos dada la fuerte segregación social y racial entre el centro y la



escribiendo libros acerca de la práctica de violaciones colectivas en edificios con sótanos (Bellil, 2002; Amara, 2003).

Estas publicaciones recibieron una acogida favorable en los medios de comunicación de masas. Más tarde, varias de estas mujeres conformaron un grupo, que en 2002 organizó una marcha a través de toda Francia. Este grupo se denomina “Ni putas ni sumisas” (“*Ni putes ni soumises*”). Esta vez, los medios de comunicación les brindaron una favorable adhesión, lo que condujo a apoyo, cobertura en los medios y ayuda económica por parte del gobierno. Este tratamiento es poco común. Desafortunadamente, no se debe a buenas razones. Cuando estas historias terribles se presentaron, lo único que faltaba era el reconocimiento de que la violación colectiva y la violación en general son endémicas en Francia, al igual que en cualquier sociedad patriarcal, y que no fueron introducidas por los inmigrantes magrebíes. Estas historias se presentaron de un modo que hizo que los lectores y los televidentes creyeran que la violación ocurre solamente en los guetos (Hamel, 2003b). Estos informes acerca de las violaciones colectivas fueron bien recibidos sólo hasta el punto en que se utilizaron, no para mostrar la existencia de violaciones y violencia contra las mujeres en general en Francia sino, por el contrario, como si sólo hubieran sucedido en los “vecindarios” o los “suburbios” (eufemismos para designar a los guetos), sirviendo de este modo nuevamente al objetivo de pretender que tales cosas no existen en la sociedad en general, y conformando una visión de los jóvenes árabes como bárbaros y -dado que la violación no existe en Francia- no franceses. En contraste, cuando se publicó el primer informe nacional sobre la violencia contra las mujeres en Francia,⁴ en 2003, escrito por diez autoridades del mundo de las ciencias sociales, e incluyendo hallazgos que demostraban que alrededor de 50.000 mujeres son violadas en Francia cada año (Jaspard *et al.*, 2003), dicho informe fue menoscabado por los medios de comunicación. Más aún, fue difamado por conocidos intelectuales, que se quejaron de que las mujeres habían sido innecesariamente presentadas como víctimas, e insinuando que los autores del estudio querían acabar con “el arte francés de la seducción” (Equipo ENVEFF, 2003; Romito, 2003; Rosende, Perrin, Roux, 2003). La razón de este doble patrón es que las maneras en que los hombres árabes y musulmanes tratan a sus mujeres han constituido siempre, a los ojos franceses, la línea divisoria en-

periferia en la mayoría de ciudades francesas [N de T].

4 La autora se refiere a l'*Enquête Nationale sur les Violences faites aux Femmes en France* (ENVEFF), realizada en el año 2000 con una muestra de cerca 7.000 mujeres de 20 a 59 años, entrevistadas telefónicamente [N de T].

tre “ellos” y “nosotros”, los salvajes y los civilizados. Cualquier confirmación de esto es alentada y alabada. Esto no sólo confirma la visión negativa sobre la cultura árabe y musulmana, sino que es un modo de instalar una cuña en esa comunidad entre los hombres y las mujeres

De esta manera, una de las consecuencias paradójicas del racismo es que éste refuerza los propios aspectos que usa para estigmatizar a un grupo, en este caso el sexismo, en el grupo estigmatizado. La importancia que para algunos jóvenes que descienden del norte de África tienen la modestia y la virginidad en las mujeres es una reconstrucción de la tradición bajo condiciones de exclusión moral y material. Si ellos se aferran desesperadamente a estas actitudes “sexistas” y pasadas de moda, es en gran medida precisamente porque éste es el modo en que son vistos por el grupo dominante: dado que ellos mismos son juzgados como anticuados y sexistas, también podrían, en una afirmación provocativa, valorar (o incluso fingir hacerlo) estos estereotipos de los cuales no se pueden escapar de forma alguna. ¿Pero cuál es la ganancia para el común de la sociedad en mantener estos estereotipos y castigar a estos jóvenes? Hay, de hecho, beneficios obvios que se derivan para la sociedad francesa al resaltar el sexismo de los magrebíes: por una parte, esto absuelve al grupo dominante de su propio sexismo; y por otra parte, les da a los franceses-franceses una “honorable” razón para su plan de capturar a las mujeres del grupo.

De la igualdad a la política de identidad: el doble vínculo y el nuevo islam.

a) Los significados del velo.

Para la mayoría de la población francesa, mediante el uso del velo, las mujeres francesas que descienden de familias magrebíes está optando por algo absurdo, escogiendo la opresión cuando podrían optar por la libertad. Pero no sólo como si fuera incomprensible: peor, es como si les dieran una bofetada en la cara. Usando el velo, estas mujeres se burlan de la sociedad francesa. Tal como lo ven los franceses-franceses, ellas desprecian la oportunidad que les ofrece el país de acogida para librarse de las ataduras de la cultura atrasada de sus padres, para convertirse en “mujeres liberadas”, en “mujeres francesas”.

Lo anterior es incomprensible para los franceses-franceses, incluyendo a la mayoría de las feministas. Una buena parte de la gente, a pesar de las evidencias, insiste en que ellas deben estar presionadas por sus padres y hermanos.



Cuando las mujeres que usan velo dicen que están obedeciendo a Dios, no a los hombres, nadie les cree. Cuando dicen que ellas usan el pañuelo por su propia voluntad, la gente menea su cabeza en sentido negativo. Inmediatamente, se esgrime la hipótesis de una acción encubierta por parte de grupos extremistas islámicos: si las mujeres no han sido manipuladas aún, ya lo serán. El hecho de que muchas mujeres que usan velo en Francia, al igual que en otros países, pretendan conducir una lucha feminista no fuera sino dentro del Islam no se toma con seriedad, dado que el punto de vista que prevalece es que el Islam no se puede reinterpretar de un modo que permita la libertad para las mujeres. La única elección aprobada para las mujeres descendientes de norteafricanos es, por lo tanto, la misma: para liberarse, deben romper los lazos con su grupo, y renunciar a su identidad musulmana.

Esto explica por qué el grupo de mujeres que se autodenominan "*Ni Putes ni Soumises* (NPNS) ha experimentado tal benevolencia por parte de la clase política francesa y del público. Ellas son una rama de "SOS-Racismo", que es en sí mismo una creación del Partido Socialista, y últimamente han sido "cortejadas" también por los conservadores en el poder.⁵ Sin embargo, han tenido que pagar un precio: si el último otoño rehusaban tomar una posición acerca del velo, en enero estaban pagando las consecuencias. Desde entonces, han decidido alinearse progresivamente con los franceses-franceses, con un esperado discurso acerca de la particular violencia sexual de los hombres árabes. Denunciar a estos últimos les ha permitido ganar la aprobación de los políticos, pero ha hecho que su mensaje sea imposible de ser escuchado en los guetos. Ellas se han separado de su propia comunidad, de acuerdo con el inmemorial deseo francés, pero al hacer esto, han conseguido que sus acciones no sean efectivas.

En contraste, las mujeres que usan velo dicen en efecto, y solamente mediante el uso del velo, que no se excluirán de su comunidad. Por supuesto, hay tantas razones para que una muchacha joven o una mujer use el *hijab* como individuos hay (Kaïda y Bouzar, 2003). Entre estas razones, figura predominantemente la necesidad de dar a sus vidas una dimensión espiritual, la que encuentran en el Islam; pero para algunas pocas, esto es también un modo de escapar del control de sus padres y sus hermanos, poder ir solas a ciertos lugares donde el *hijab*, como signo de religiosidad, las protege de su propia gente (Khedimellah, 2004). Entonces, ellas asumen esta posición

.....
 5 Por ejemplo, la presidenta de NPNS Fadela Amara fue Secretaria de Estado de la Política de la ciudad en el Ministerio de la Vivienda de junio 2007 a enero 2009, del actual gobierno de Nicolas Sarkozy [N de T].

en sus comunidades, precisamente porque primero han querido decir a los franceses que ellas pertenecen a dicha comunidad, que abogan por su cultura, su religión, su grupo y sus hombres. Todo esto se logra con el simple truco de usar esta “exótica indumentaria” que dice: “Nosotras no somos occidentales y no lo queremos ser”. A primera vista y sin mediar palabra ellas rechazan la superioridad de las “apariencias” occidentales y declaran que no les facilitarán a los franceses su callada y más inconsciente fantasía -ver a las mujeres pasarse a su bando. Por lo tanto, no es sorprendente que los franceses estén fuera de sí y en un estado que roza la histeria.

Un grado más en la espiral de la segregación: la prohibición del velo.

Se puede deducir a partir de la intención de prohibir el velo que los franceses pensaban que los descendientes de la población norteafricana simplemente tomarían el lugar de sus padres, como “trabajadores inmigrantes” explotados y menoscabados, y que nunca se convertirían en ciudadanos. Ellos han sido tratados como “extraños”, sin importar el hecho de que hayan nacido en Francia. Cuando esta población demandó su derecho de nacimiento, esto provocó la consternación de la sociedad francesa, que veía cada demanda de su parte como una prueba del “fracaso por asimilarse” y un “rechazo de los valores republicanos”. A todas las demandas de igualdad y dignidad, la sociedad francesa ha respondido como si éstas fueran injustificadas, una amenaza y una prueba de la falta de importancia de los demandantes. Esto ha llevado a una separación de los/las hijos/as de norteafricanos, y a demandas que son incluso más beligerantes para los franceses, y de las cuales el caso del “pañuelo islámico” constituye tanto un signo como un símbolo.

Esta población ha cambiado su línea de conducta y está demandando ahora que el Islam sea considerado como una de las religiones que se practican abiertamente en Francia. Cuando solicitaron un tratamiento igualitario como ciudadanos seculares, se les negó. Ahora lo piden como musulmanes, y la brecha se profundiza. La gente que demanda derechos en su calidad de musulmanes presenta a los franceses una paradoja y una provocación: es precisamente esto -su religión- lo que se ha usado tradicionalmente como una “prueba” de que ellos no pueden ser parte de la comunidad francesa.

El 3 de Marzo de 2004, el Parlamento francés ratificó una ley sobre la prohibición del uso de símbolos religiosos ostentosos en las escuelas públicas, siguiendo las recomendaciones del Comité del Gobierno (la Comisión



Stasi). Esta ley resultó la culminación de cinco meses de intensos debates públicos, durante los cuales la argumentación de un amplio rango de activistas, miembros de sindicatos, líderes políticos, formadores de opinión e "intelectuales" casi monopolizó el discurso en los medios de comunicación. Esta controversia generó divisiones en nuevas líneas de confrontación, en un sentido amplio -es decir, incluyendo a grupos y asociaciones- hasta el punto de que muchos no fueron capaces de llegar a una posición común sobre este problema. Si bien esta división no se reflejó en el voto, que en los principales grupos parlamentarios (los conservadores en el poder y los socialistas) fue casi unánime, creó un escollo entre los más pequeños grupos de izquierda: los Verdes, los de extrema izquierda, y las feministas.

a) Las excepciones al secularismo francés.

Oficialmente, la ley apuntaba a afianzar la tradición francesa de "laicidad" -secularismo. Cabe resaltar que el secularismo del cual están tan orgullosos los franceses y el que piensan haber inventado, ha conocido muchas excepciones desde sus comienzos en 1905. En tres departamentos franceses del continente, llamados Alsacia-Mosela, el "Concordato" entre la Iglesia Católica y Napoleón I aún se aplica, los sacerdotes, los pastores y los rabinos son pagados por el Estado; más aún, una costumbre "local" hace que la enseñanza religiosa del Catolicismo, el Protestantismo y el Judaísmo sea obligatoria en las escuelas estatales. El derecho secular no se aplica para los departamentos de ultramar de Guyana y la Reunión (para los cuales la nueva ley tampoco será aplicada). Estas excepciones al secularismo, que implican a cientos de miles de personas, se dejaron fuera del debate por medio de un consenso bipartidista y popular, lo cual prueba, si es que hay necesidad, que el secularismo no era la preocupación real de los polemistas. Pero además, en Francia, los usos y costumbres y la cultura están íntimamente ligados a los ritos católicos. Por lo tanto, los funerales oficiales de importantes figuras públicas, tales como ministros del Gobierno y jefes de Estado, se llevan a cabo en iglesias católicas y asisten representantes del Estado, sólo por dar un muy claro ejemplo de la brecha que se encuentra en el nivel más elevado y público de la regla de separación entre la Iglesia y el Estado. El 15 de Agosto de 2005, el Papa, al visitar el famoso sitio de peregrinación de Lourdes, fue recibido por el propio presidente en persona. De este modo, el secularismo francés no es tan simple como parece a primera vista. Es casi una religión nacional, y la simpatía por esto está impregnada de patriotismo, pues ellos se cobijan siempre en los términos de especificidad e identidad francesas, a la vez que este secularismo está en sí mismo

imbuido del catolicismo (Benbassa, 2004).

Otra excepción está constituida por el gran número de escuelas “privadas”, el 95% de las cuales son católicas, y están fuertemente subvencionadas por el Estado, en la medida en que tienen un acuerdo sobre el currículum y los profesores con diplomas estatales. Estas escuelas enseñan al 40% de los alumnos en edad escolar, con edades que van desde los 6 a los 18 años, a los cuales no se les aplicará la ley.

b) El debate acerca de la prohibición: los derechos de las mujeres y la conspiración del mundo musulmán.

La nueva interpretación del secularismo, la cual amplía su significado, en tanto que tolera las inmensas excepciones antes mencionadas, demanda una “neutralidad” política y religiosa; esto es, abstenerse de “ostentar la propia religión” por parte de los alumnos, al igual que por los profesores, a través de todas -bueno, casi todas- las escuelas de la República.

Sin embargo, el argumento usado constantemente durante la campaña se volvió en contra de los derechos de las mujeres. El velo islámico, todos estuvieron de acuerdo, es un símbolo de inferioridad de las mujeres y por lo tanto socava el principio de igualdad sexual. Los que propusieron la ley argumentaron que el pañuelo para la cabeza no podía, por lo tanto, tolerarse; en cambio, los oponentes señalaron que las mujeres que lo usan pueden perseguir otros fines, que se toleran muchos otros símbolos de inferioridad de las mujeres, incluso se alientan (tal como las prendas íntimas femeninas en la publicidad y en la vida real, el uso de lápiz labial, los tacones altos y otros complementos sexuales) y señalan que la apariencia de la mujer está diseñada para atraer sexualmente a los hombres, y que no es un signo de liberación; además, consideran que, en todo caso, el expulsar a chicas de la escuela es un tratamiento demasiado severo, dado que podría poner en peligro sus posibilidades de acceder a la educación, y que el derecho constitucional a la misma debería anteponerse a cualquier otra consideración.

Estos argumentos no parecieron portar ningún peso, ni tampoco hicieron mella en la repulsión francesa ante el velo islámico, un sentimiento expresado por el antiguo presidente Jacques Chirac, quien durante una visita a Túnez declaró que el velo era “una agresión contra el pueblo francés”. Incluso detrás de esta repulsión, y según lo expresado por los promotores de la prohibición, existe un inconsciente punto de vista colonial sobre la población “árabe”. Para justificar la prohibición del velo, los defensores de la



prohibición recurrieron, en cambio, a la popular y difundida teoría hoy en boga: la del “complot del mundo islámico” –el “Choque de Civilizaciones”. En esta teoría, el uso del pañuelo por parte de las jóvenes es un tipo de intento por parte de los fundamentalistas musulmanes, quienes están de esta manera buscando “probar los límites de la tolerancia republicana”⁶. Aceptar el velo islámico, continúa el razonamiento, alentaría a los musulmanes a minar posteriormente la República francesa demandando que el Código Civil Francés sea reemplazado por la *Sharia*. Que nadie en la comunidad musulmana haya dicho remotamente algo que se aproxime a esto fue tilddado de irrelevante –pues uno no espera que los conspiradores revelen sus planes.

En la medida en que prosiguió el debate, el rango de acusaciones y temores airados se volvió cada vez más paranoico, mostrando a los “árabes”, fueran o no musulmanes, que los franceses no están conformes simplemente con discriminarlos, sino que a ellos también los consideran sospechosos. La sospecha de que los fundamentalistas musulmanes operan libremente dentro de las filas de la gente de origen norteafricano y dictan su comportamiento y su agenda política, los convierte en una voluntaria o involuntaria quinta columna que actúa en nombre de una toma islámica del mando del país. Por lo tanto, a los arcaicos estereotipos negativos acerca de los árabes, se han añadido nuevos temores geopolíticos, que hacen que los franceses-franceses comunes los miren no sólo como inferiores y despreciables, sino también como peligrosos. Comparados con la amenaza que ellos representan, las injusticias que sufre esta población, aunque se mencionen, son minimizadas.

Los integrantes de la Comisión Stasi dijeron sentirse desilusionados de que las medidas sociales contra la discriminación racial, que ellos habían recomendado de forma conjunta con la prohibición del *hijab*, se habían omitido. Sin embargo, tales quejas parecen un poco hipócritas ya que resulta muy probable que la problematización sobre el velo fuera, de hecho, planeada para ensombrecer los perjuicios causados a los descendientes de la población magrebí. La necesidad de reparar esos errores se verá en el futuro como mucho menos urgente cuando esta población se encuentre al mismo tiempo como sospechosa de un complot global.

.....
 6 Alain Gresh, “Les faux-semblants de la commission Stasi”, *Politis*, 5 a 11 de Febrero de 2004. La lectura del informe revela que el comité da por sentadas dos hipótesis no demostradas: en primer lugar, que el secularismo francés está amenazado por “el surgimiento del islamismo”; en segundo lugar, que esta amenaza proviene de grupos “fundamentalistas” organizados, que nunca se identifican.

La mayoría de los grupos feministas siguieron esta línea de argumentación, aceptando que de repente los políticos se habían vuelto feministas, y habían tomado sinceramente en serio los derechos de las mujeres. Las feministas entraron en el debate dentro de los parámetros diseñados por el Gobierno, y la prohibición del velo se situó para ellas por encima de otras demandas que, incluso cuando habían sido reclamadas durante años, no habían captado la atención de la clase política –demandas de acción contra la violencia de género, de aplicación de una ley que permitiera el aborto, iguales salarios, etc. El debate pudo haber representado la ocasión para que las feministas denunciaran la farsa del Estado e insistieran en que esas demandas sustanciales se respondieran primero. En cambio, la mayoría de las feministas insistieron en que la suspensión de un símbolo era más importante que los cambios reales en la situación de las mujeres. Desde el punto de vista del Estado, la ley es un éxito; se mataron tres pájaros de un tiro: el pañuelo para la cabeza efectivamente restó presión a las negociaciones acerca de la represión racial y disminuyó la urgencia de acabar con la desigualdad de género; dado que las feministas estuvieron de acuerdo en cambiar sus demandas sustanciales por una satisfacción simbólica. Esto también desvió la atención pública sobre las acciones del Gobierno para desmantelar al Estado del bienestar.

Con este debate, la brecha dentro del movimiento feminista ganó una fuerza que podría ser fácilmente más duradera que otros desacuerdos internos. Las feministas, al igual que otros activistas franceses progresistas, son gente de raza blanca de clase media. El “asunto” del velo demostró que su anti-racismo sólo es superficial. Cuando se enfrenaron a un problema práctico, exhibieron los mismos prejuicios que el resto de su clase, prejuicios que nunca han intentado superar y que nadie ha cuestionado, dado que no hay gente que no sea “no blanca” en sus filas. Este hecho refleja la organización racista del país: nunca se encuentran gente que no sea “blanca” en la sociedad, lo que constituye la base para que se logren reagrupamientos políticos; y, de manera contraria a la izquierda británica, que hizo un esfuerzo por ponerse en contacto con grupos musulmanes al comienzo de la Guerra de Afganistán, la izquierda francesa abraza profundas sospechas de cara a estos grupos. Por ejemplo, para ellos no son bien vistos los árabes que apoyan el movimiento de defensa del pueblo palestino, para mantener a este movimiento blanco y dócil, fuera del peligro de “molestar” a los sionistas que se encuentran en sus filas.

La brecha entre los franceses-franceses y los hijos de los inmigrantes se ha ampliado considerablemente. La reacción colonial y racista de los fran-



ceses ha abierto las puertas al racismo cotidiano: la profanación de los cementerios musulmanes, insultos a las mujeres que usan velo, ataques físicos contra la gente que es vista como magrebí por parte de jóvenes que sólo alegan que “odian a los árabes”, etc. En resumen, hay una escalada de la campaña de odio contra las cosas y las personas musulmanas. La campaña, que comenzó con la ley, va al alza en lugar de retroceder, después de haber obtenido una victoria en el frente de la prohibición del *hijab*. Actualmente, es común encontrar que personalidades digan, y que los periódicos abran sus páginas a estas declaraciones, que “odian al Islam”, y que insistan en que tienen el derecho de hacerlo, además de expresarlo públicamente.⁷ Aunque no hay necesidad de decirlo, los periódicos no publicarían tales “opiniones” acerca de cualquier otra religión, y si así lo hicieran habría un gran rechazo, por no mencionar las docenas de demandas presentadas por incitación al odio racial o religioso. Por todo lo anterior, se ha vuelto ahora políticamente correcto en Francia denunciar no el fundamentalismo, ni las actividades de ciertos musulmanes, sino el propio Islam, como aquello básicamente representativo del mal. El hecho más interesante es que, cada vez con más frecuencia, estos ataques asumen un ángulo de género. La religión islámica, ya vista como la teoría del terror político, es ahora acusada de haber inventado el temor de las mujeres, del cual el resto del mundo estaría libre si no fuera por la existencia del Islam. Por lo tanto, no es sorprendente que la amargura de la población de origen norteafricano esté aumentando en la misma proporción. Muchos están intimidados, tal como lo intentó el partido dominante, pero muchos otros están enfurecidos.

El feminismo francés en la encrucijada.

El velo, como símbolo religioso, debería ser aceptado como cualquier otro símbolo de ese tipo. La nueva actitud políticamente correcta en Francia, que consiste en pretender que la religión “pertenece a la esfera privada”, es simplemente insostenible. La religión es, por definición, pública. El argumento según el cual es correcto perseguir al Islam, debido a que todas las religiones son opresivas por naturaleza, no contiene un fundamento correcto, no en la medida en que la Constitución Francesa, al igual que la Declaración de los Derechos Humanos de 1791, garantiza la libertad de opinión, que implica que el ateísmo no puede ser obligatorio; esta argumentación tampoco es creíble, dado que la vida pública francesa abraza en gran medida la tradición católica del país. El ámbito feminista y liberal no sólo reconoció levemente el aspecto de la rebelión sobre el uso del velo,

.....
 7 Patrick Decker, « Je hais l'islam, entre autres », *Le Monde*, 12 de agosto de 2004.

sino que insistió en descartarla como una respuesta “mal orientada”: “no es la solución”. Este juicio implica tres aspectos: a) una subestimación del racismo ejercido por la sociedad francesa; b) una falta de realismo, como si esta “reacción mal orientada” se pudiese borrar, como si se pudiese regresar en el tiempo a un momento previo de la historia, cuando no se usaba la polémica indumentaria y c) un punto de vista condescendiente con las mujeres árabes, consideradas incapaces de responder “adecuadamente” a su situación. Esta clase de pensamiento, que rechaza tomar seriamente a otras mujeres, y permitirles encontrar sus propias respuestas, tal como lo han hecho las feministas “blancas”, es el principal obstáculo para la construcción de un movimiento feminista en cualquier país dado, y también a nivel internacional.

Lo que resulta sorprendente no es que esta ley se haya aprobado, sino que lo haya sido con el apoyo de las feministas. ¿Se darán cuenta ellas de que la posición que asumieron en este asunto está reñida con sus creencias acerca de la emancipación del pueblo por parte del pueblo? ¿Aceptarán que no todas las mujeres toman el mismo camino hacia la emancipación? ¿Comprenderán, al igual que los liberales, que la resistencia a la opresión y la dominación sólo puede ser global, y que para que así lo sea, tiene que tomar en cuenta, bajo una posición igualitaria, las contribuciones de todos? ¿O continuarán recitando la vieja cantinela de que los derechos humanos son propiedad privada del mundo occidental y que sólo los occidentales conocen mejor que nadie lo que es bueno para ellos, y que tienen el derecho de imponerlo -continuando de este modo con lo que Sophie Bessis denomina “la cultura de la supremacía” (Bessis, 2001)- y envenenando los movimientos progresistas occidentales como enemigos del Sur – ¿todo por el Sur pero sin el Sur?



BIBLIOGRAFÍA

- AMARA, F. (2003): *Ni putes Ni soumises*, Paris, La Découverte.
- BATAILLE, Ph. (1997): *Le Racisme au travail*, Paris, La Découverte.
- BEAUD, S. et PIALOUX, M. (2003) : *Violences urbaines, violences sociales*, Paris, Fayard.
- BENBASSA, E. (2004): *La République face à ses minorités*, Paris, Mille et Une Nuits.
- BELLIL, S. (2002): *Dans l'enfer des tournantes*, Paris, Denoël, coll. Impact.
- BESSIS, S. (2001): *L'Occident et les autres*, Paris, La découverte.
- CLANCY-SMITH, J. (1996): "La femme arabe", en SONBOL A. el A., *Women, The Family, and Divorce Laws in Islamic History*, coll. *Contemporary Issues in The Middle East*, Syracuse University Press, pp. 52-63.
- DELPHY, Ch. (2004) : "Une Affaire française", in NORDMAN Ch., *Le Foulard islamique en questions*, Paris, Editions Amsterdam, coll. Democritique.
- EQUIPE ENVEFF (2003): «Violences vécues, fantasmes et simulacres», *Nouvelles Questions féministes*, Vol.22, n°3.
- FANON, F. (1959): "L'Algérie se dévoile", en *L'an V de la Révolution algérienne*, recueil de textes réédité en 2001 aux Editions La Découverte et Syros, coll. [Re]découverte, pp. 16-50.
- GADANT, M. (1995): *Le nationalisme algérien et les femmes*, Paris, L'Harmattan, coll. Histoire et perspectives méditerranéennes.
- GASPARD, F. et KHOSROKHAVAR, F. (1995): *Le foulard et la République*, Paris, La Découverte.
- HAMEL, Ch. (2003a): *L'intrication des rapports sociaux de sexe, de "race", d'âge et de classe: ses effets sur la gestion des risques d'infection par le VIH chez les Français descendant de migrants du Maghreb*, Paris, Thèse, EHESS.

HAMEL, Ch. (2003 b): « Faire tourner les meufs ». Les viols collectifs : discours des médias et des agresseurs », *Gradhiva*, n°33, pp. 85-92.

JASPARD, M. et al., dir. (2003): *Les violences envers les femmes en France. Une enquête nationale*, Paris, La Documentation française, coll. Droits des femmes.

KADA, S. et BOUZAR, D. (2003): *L'une voilée, l'autre pas*. Paris, Albin Michel.

KHEDIMELLAH, M. (2004): « Corps et inconscient collectif voilés », *Cosmopolitiques*, 6, Editions de l'Aube.

KHOSROKHAVAR, F. (1997): *L'islam des jeunes*, Flammarion, coll. Essais.

ROMITO, P. (2003): « Les attaques contre les enquêtes sur les violences envers les femmes », *Nouvelles Questions féministes*, Vol.22, n°3.

ROSENDE, M. ; PERRIN, C. ; ROUX, P. (2003): « Sursaut antiféministe dans les salons parisiens », *Nouvelles Questions féministes*, Vol.22, n°3.

SIMON, P. (1997): " La statistique des origines: l'ethnicité et la "race" dans les recensements aux Etats-Unis, Canada et Grande-Bretagne ", *Sociétés Contemporaines*, n° 26, pp. 11-44.

SIMON, P. (1998): " Nationalité et origine dans la statistique française. Les catégories ambiguës ", *Population*, n° 3, pp. 541-568.

TRIBALAT, M. (1995): *Faire France. Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La Découverte, coll. Essais.

TRUPIER, M. (1999): " De l'enjeu des statistiques "ethniques" ", *Hommes et Migrations*, n° 1219, pp. 27-31.

WIEVIORKA, M. et al., dir. (1992): *La France raciste*, Paris, Seuil.



LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO POR MEDIO DE LA EXTRAFISCALIDAD Y EL GASTO PÚBLICO

Dr. José Antonio Fernández Amor

Dr. Miguel Ángel Sánchez Huete

Profesores de Derecho Financiero y Tributario

Universitat Autònoma de Barcelona

Introducción: el derecho financiero como instrumento de las políticas de igualdad de género.

Resulta normal que las referencias al Derecho Financiero vengan asociadas a un cuerpo normativo técnico, oscuro y alejado de cuestiones de carácter social que pueden estar directamente relacionadas con otras ramas del Derecho. El ligamen con aspectos patrimoniales, con el tráfico mercantil o la riqueza parecen contribuir a esta idea. Sin embargo, no responde a la realidad. El Derecho Financiero supone la regulación de los aspectos económicos de las políticas públicas. Por un lado sirve para hacer efectivo el deber de contribuir a los gastos públicos y, por ende, a hacer efectivo un principio de solidaridad entre los ciudadanos. Por otro lado, regula los Presupuestos de los entes públicos a través de los que se llevan a efecto esas políticas públicas entre las que ha de encontrarse la realización efectiva de políticas género. Resulta, por tanto, un cuerpo normativo esencial para determinar tanto el grado de compromiso del legislador con las políticas sociales como el esfuerzo ciudadano para poder realizarlas. Con esta línea de trabajo se identifica esta exposición toda vez que las políticas públicas con perspectiva de género se ven en disposiciones del Derecho financiero, tanto en su dimensión de ingresos -Derecho Tributario- como de gasto -Derecho Presupuestario-.

Las leyes actuales reconocen a los hombres y a las mujeres unos mismos derechos, pero la realidad social es terca y sus manifestaciones cotidianas evidencian que con esto no hay suficiente, porque el sustrato cultural de las creencias sociales mantiene comportamientos y valoraciones en que todavía se discrimina. Por lo tanto, resulta que no es bastante con hablar de igualdad jurídica formal en este ámbito, atendiendo a la existencia de condicionantes socioculturales que actúan sobre el género femenino y el género masculino. El Derecho no es un conjunto de normas escritas que se aplican de manera aislada a un contexto social aséptico, sino que, al contrario, aparecen irremediablemente impactadas por las creencias, costumbres y pensamientos de las personas que las elaboran, aplican y fiscalizan. Son estos pensamientos y

creencias, que comportan formas de concebir y ordenar el mundo y la sociedad, los que acaban por determinar la condición y posición de las mujeres y los hombres en su seno. Para evitar que las actuales formas de desigualdad discriminatoria se reproduzcan, hoy más que nunca hace falta impulsar políticas que garanticen la igualdad de oportunidades.

La conformación del Estado como Social, como prestador, nos aboca a plantear el principio de igualdad desde su eficacia. Esto comporta que no es suficiente con declarar este principio, sino que se han de garantizar las condiciones materiales para que su ejercicio sea real y efectivo. Así la igualdad formal garantizada por las leyes no es un límite, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente, de la igualdad real y efectiva. Es decir, la igualdad y la prohibición de discriminación es un mínimo negativo e indeclinable a partir del que puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y de creación de las condiciones necesarias para conseguir una igualdad real. La pretendida igualdad material comporta una tarea de conformación activa de los poderes públicos, y es aquí donde el poder financiero ocupa un papel básico, tanto efectuando específicas políticas igualatorias como evaluando el distinto impacto que posee según el rol social que se desempeñe.

En tal contexto pretendemos poner de relieve la capacidad del Derecho Financiero para establecer medidas equitativas en materia de género; bien desde la perspectiva del ingreso, a través de la extrafiscalidad del tributo; bien desde la perspectiva del gasto público, a través de la potencialidad exegética del principio de equidad interpretado en clave de género. La presente aportación está estructurada siguiendo este patrón. En un primer apartado han de ser relacionadas aquellas medidas que el legislador tributario ha establecido para procurar la igualdad de género y se han de proponer otras para profundizar en esta cuestión por medio del carácter extrafiscal del tributo. Esta exacción, como ocurre con la tributación ecológica, ha demostrado que puede influir en el comportamiento ciudadano a través de gravar comportamientos que se entienden no adecuados y de beneficiar aquellos que la sociedad entiende ligados con el interés general. En un segundo apartado ha de ser tratada la vertiente del gasto del poder financiero en el convencimiento que puede ser leída esta actividad pública en clave del principio de igualdad entre hombres y mujeres y, además, servir de instrumento para hacer efectivo este derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico puesto que no parece posible llevar a cabo ninguna iniciativa en este o en otros campos sin que haya el adecuado respaldo presupuestario.



Medidas fiscales vigentes relacionadas con la perspectiva de género: la deducción por maternidad en el IRPF y la deducción por la creación de guarderías en el Impuesto sobre Sociedades. Algunas propuestas de medidas tributarias.

La superación de una visión meramente recaudadora del Derecho tributario -parte del Derecho financiero- tiene ejemplos concretos relacionados con tributos que son pilares del sistema tributario como el IRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre) y el Impuesto sobre Sociedades (RDLeg. 4/2004 de 5 de marzo). Entre el articulado de la norma que regula el primer impuesto se encuentra la disposición prevista en el art. 81 bajo el título *Deducción por maternidad*¹. Esta medida fiscal, a diferencia de lo que ocurre con las otras deducciones, puede dar lugar a que se supere la cuantía de cuota diferencial del impuesto dándose un caso de 'tributo inverso' en forma de devolución no por exceso de ingresos, sino por materialización de una subvención a la maternidad. De hecho la cuantía que supone puede ser obtenida por un mecanismo independiente. De sus requisitos se destacan:

- Ser mujer. El padre sólo puede aplicar la deducción en caso de fa-

.....
1 "Art. 81 Deducción por maternidad.

1. Las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el *artículo 58 de esta Ley*, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años.

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil.

Cuando la inscripción no sea necesaria, la deducción se podrá practicar durante los tres años posteriores a la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare.

En caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, siempre que cumpla los requisitos previstos en este artículo, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente.

2. La deducción se calculará de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos previstos en el apartado 1 anterior, y tendrá como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción.

A efectos del cálculo de este límite se computarán las cotizaciones y cuotas por sus importes íntegros, sin tomar en consideración las bonificaciones que pudieran corresponder.

3. Se podrá solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el abono de la deducción de forma anticipada. En estos supuestos, no se minorará la cuota diferencial del impuesto.

4. Reglamentariamente se regularán el procedimiento y las condiciones para tener derecho a la práctica de esta deducción, así como los supuestos en que se pueda solicitar de forma anticipada su abono."

llecimiento o cuando se le atribuya de forma exclusiva la guarda y custodia. En su caso, un tutor podrá practicar la deducción pendiente.

- La beneficiaria ha de desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena estando de alta en la Seguridad Social.

- Tendrá hijos menores de 3 años que den derecho a aplicar el mínimo por descendientes.

La cuantía máxima de deducción o de cantidad a percibir es de 1.200 € al año (100€ al mes) y no podrá exceder de las cotizaciones devengadas dentro del período impositivo posterior al nacimiento. Cabría pensar que el art. 81bis de la LIRPF viene a completar esta medida, incluso que podría ser de carácter reiterativo. Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la Ley 35/2007 de 15 de noviembre, el legislador advierte que ambas medidas –por maternidad y por nacimiento- no son incompatibles pero que la aquí comentada responde directamente a fomentar la incorporación de la mujer al mercado laboral, mientras que la segunda está más dirigida al fomento de la familia y la natalidad.

Otro beneficio fiscal que puede ser incluido como ejemplo de medida extrafiscal que pretende favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar está en el Impuesto sobre Sociedades. Si bien, puede considerarse que no se encuentra vinculado directamente con la mujer, sí que puede tener un efecto favorecedor de su integración laboral si se considera que todavía se asocia la tarea de atender a los hijos con el sexo femenino y que la integración laboral de este colectivo es inferior a la masculina. El art. 38.6 de la LIS prevé una deducción de 10 por 100 en la cuota íntegra de las inversiones y gastos en locales homologados por la Administración para prestar un servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de los trabajadores de la persona jurídica-contribuyente y de los gastos en el caso de contratación de este servicio con un tercero autorizado. Se trata de una deducción extrafiscal pues no es tanto para adaptar el tributo a la capacidad económica del contribuyente como para premiar fiscalmente a aquellos empresarios que dediquen una parte de sus beneficios a cubrir el gasto que supone la atención a los hijos de sus trabajadores.

Estas previsiones legales son un ejemplo de lo que con el poder tributario, utilizando la figura del beneficio fiscal, se puede realizar en relación con



políticas de género, en este caso con la pretensión de la integración de la mujer que opta por la maternidad en el mundo laboral. Por un lado se subvenciona la maternidad en una idea de ayudar económicamente a la mujer trabajadora, por otro lado, se pretende implicar a las empresas en la conciliación familiar que, debido a la realidad social, va a incidir en la situación de la mujer trabajadora.

Se pueden realizar dos críticas al legislador. En primer lugar, la escasez de medidas de este carácter en el sistema tributario. No hay tributos que tengan carácter extrafiscal en nuestro sistema que puedan perseguir objetivos parecidos. No hay figuras, v. gr. semejantes a la tributación verde, que puedan favorecer u obstaculizar comportamientos relacionados con políticas de género. Por otro lado, cabría considerar si es útil realizar medidas basadas fundamentalmente en el carácter de madre que puede tener la mujer y no en la persecución de equiparación de los colectivos. Subvencionar la maternidad va más ligado con el fomento de políticas de familia que a fomentar políticas de igualdad, pues puede relegar a la mujer al papel tradicional del cuidado de los hijos. Cabe añadir que ligar, en el primer beneficio fiscal, la deducción a la obtención de un rendimiento económico (del trabajo o profesional) no casa bien con una realidad en la que el trabajo doméstico no es valorado a efectos tributarios y sigue siendo a cargo del sexo femenino. Es por estas razones que cabría explorar otras alternativas para que, desde el Derecho tributario, se refuercen las políticas de género.

Estas medidas fiscales encontrarían amparo en el art. 11.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad (en adelante LOI) efectiva de mujeres y hombres lo que permitiría satisfacer un primer requisito, esto es, el tributo que las previera estaría amparado en la realización efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Así mismo, se ha de añadir que tienen una vocación transitoria por una razón legal y una razón económica. La legal es el propio mandato del precepto citado que establece que han de subsistir en tanto no se corrija la situación sobre la que quieren incidir. La económica es que no parece conveniente que las medidas se sustenten sólo en la intervención económica de los entes públicos, si así fuese supondría un cierto fracaso pues el objetivo último es que el grado de igualdad que se consiga con la medida, *a posteriori* se sustente con el propio convencimiento y compromiso social. No se trata de hacer medidas de fomento con fecha de caducidad concreta, se trata de evaluar conveniencia de que el principio de igualdad esté sustentado en el gasto público sin que llegue a calar en la sociedad.

Uno de los aspectos en los que la LOI incide y se juzga como clave para la efectividad del principio de igualdad es el ámbito laboral. Ese campo presenta una cierta idoneidad para la actuación a través del instrumento tributario. Siguiendo el art. 45 de la LOI las empresas están obligadas a adoptar medidas dirigidas a evitar discriminaciones por razones de sexo. Incluso establece que empresas de más de 250 trabajadores han de elaborar y realizar planes de igualdad de forma que, en caso contrario, pueden ser sancionadas por la Inspección de Trabajo. Para las empresas de menor plantilla se establece que los planes de igualdad serán voluntarios si bien, según el art. 49 el Gobierno establecerá medidas para el fomento de la adopción de los citados planes. Dentro de las acciones que pueden albergar esos planes cabe que la fiscalidad incida de diferentes maneras.

En primer lugar cabría regular medidas de gravamen impositivo adicional para aquellas entidades –especialmente empresas- que no llevasen a cabo políticas dirigidas a favorecer la integración de la mujer en puestos de dirección de su organización. Este objetivo podría ser perseguido de dos maneras. A través del incremento de la fiscalidad de aquellas entidades que no realizasen políticas de igualdad en este aspecto. También beneficiando fiscalmente a aquellas que las llevasen a cabo más allá de lo que la ley obliga. El efecto directo de este tipo de medida fiscal bien podría ser que el gravamen sobre las instituciones que no procurasen la integración de la mujer sería más alto, en comparación con aquellas que sí siguen las políticas públicas en este sentido.

Pero no es sólo en relación con los puestos de dirección que se ha de incidir. También han de establecerse medidas en las que se beneficiase fiscalmente, como ocurre con otros colectivos, a las empresas que incrementasen su plantilla a través de la contratación de mujeres. No obstante, deberían ser medidas que conjurasen el peligro de que los empresarios contratasen manteniendo diferencias salariales o incrementando el número de mujeres pero en puestos baja categoría profesional. En este sentido, la Administración tributaria debería actuar vía inspección en cooperación y coordinación con la inspección de trabajo para no agravar más esa realidad o concretar en el sentido adecuado la medida fiscal que se haya dispuesto.

Uno de los aspectos en los que ha de incidirse, precisamente, es las diferencias salariales entre hombre y mujeres que desempeñan las mismas tareas. En esta línea se podría partir de la base que el beneficio empresarial se obtiene mediante la contabilidad mercantil. En ella se basa el legislador fiscal para



determinar el rendimiento gravado por el IRPF o el IS. Pues bien, de acuerdo con una estimación directa de la base imponible se considera partida deducible los gastos de personal. Con base en la autonomía del legislador fiscal y en aras de corregir la brecha existente cabría pensar en que esa partida deducible se pudiera estimar de forma que el empresario no pudiera deducir la cantidad que pudiera existir de diferencia entre los salarios de hombres y mujeres. Se puede argumentar que los comportamientos aquí mencionados son sancionables y que la punición es la vía adecuada para tratarlos, pero no es la única. A pesar de la existencia de la infracción, estadísticamente hablando, se produce la diferencia y, además, queda un sector –empresas de menos de 250 trabajadores- que no están obligados a un plan de igualdad. A estos argumentos cabe añadir que las empresas deben realizar anualmente su declaración-liquidación de ingresos y gastos a efectos fiscales para lo que aportan una información que sería controlable periódicamente –han de realizar sus deberes formales, además de realizar su contabilidad mercantil anual depositando sus cuentas en el Registro Mercantil- a diferencia de un posible procedimiento sancionador de carácter más extraordinario y excepcional. Tampoco se ha de desdeñar que para el mismo objetivo se deberían coordinar los servicios de Inspección tanto del Ministerio de Trabajo como del Ministerio de Hacienda.

El conjunto de medidas tributarias que pudieran establecerse, además, habrían de aportar soluciones que no incidan en roles prefijados. No se trata tanto de “facilitar” la vida familiar y laboral de la mujer en una sociedad donde ésta es la que realiza mayormente las cargas que implica la primera. No se da tanto la elección entre ocio-trabajo como entre trabajo en casa-trabajo en la empresa. Por esta razón cabría pensar también en medidas que beneficiasen fiscalmente a aquellos contribuyentes-hombres que se hiciesen cargo del cuidado de los hijos, por ejemplo, pidiendo el permiso de paternidad, las excedencias por el cuidado de hijos u otras medidas de este carácter. Los permisos existen y están recogidos en la LOI pero la estadística ofrece un resultado en el que es la mujer la que suele hacer la opción de acogerse a los permisos repitiendo esquemas que se quieren superar.

Mezclando lo laboral con lo social pueden proponerse algunas acciones en relación con una actividad económica como es la prestación de servicios sexuales. Es un hecho que la oferta de estos servicios es principalmente femenina y que en ese colectivo existen diversas realidades estando algunas de ellas muy vinculadas a la marginalidad y la exclusión social. Cabría proponer una medida de carácter extrafiscal en forma de un tributo relativo a



la actividad económica que implica. En este planteamiento se ha de tener presente, por las diversa problemática que confluye, que resulta difícil un posicionamiento definido y definitivo pues, de un lado, afirmar abiertamente su legalización parece enfrentarse al principio de la dignidad humana; por otro, puede argumentarse que la persecución y la represión de la actividad vulnera la libertad personal y finalmente, el negar o obviar la realidad nos lleva a perpetuar la imagen de marginalidad y exclusión femenina. La regulación tributaria de esta actividad iría en la línea de poner en evidencia una realidad concreta. Esta regulación podría incluir, como se ha dicho, el establecimiento de un tributo de carácter indirecto y monofásico que gravase estas actividades de forma paralela a como lo hace el IVA en la última fase del proceso productivo o de consumo. El sujeto pasivo a título de contribuyente o de sustituto sería la persona que presta el servicio, su base imponible sería el coste, el tipo impositivo el que se estableciera en la ley y la cuota debería ser satisfecha por el consumidor del servicio como repercutido o como contribuyente. Trimestralmente, el contribuyente o el sustituto estarían obligados a hacer el ingreso del tributo haciendo una declaración-liquidación anual. Los ingresos derivados de este tributo estarían afectados directamente a cubrir los gastos de programas públicos de todo tipo diseñados para favorecer el colectivo de personas que realizan la actividad y que se encuentran en situación de exclusión social abarcando ámbitos como la sanidad, la educación, la formación, etc....

Se trata, con estas medidas, de comenzar una reflexión sobre cómo el poder financiero en general y tributario en particular puede incidir en eliminar una visión androcéntrica del ordenamiento jurídico y la sociedad. El poder tributario tiene la capacidad, mediante la extrafiscalidad, de intervenir directamente en el comportamiento ciudadano. El legislador no se opone a esta posibilidad sino que considera la relativización de las rigideces de los principios que informan el Derecho tributario y prevé que los tributos son utilizables para obtener fines distintos al recaudatorio. Así se refleja en el propio ordenamiento con medidas de beneficio fiscal si bien las actualmente vigentes parecen escasas y giran en torno a aspectos tradicionalmente asociados a la condición femenina. Se han de explorar medidas que se alejen de ese planteamiento y permitan una equiparación real entre colectivos sobre todo en campos como el laboral –equiparación de salarios y remedios al desempleo femenino- y el familiar –corresponsabilidad en el cuidado de los hijos-. No obstante, estas son medidas complementarias a otras –como las presupuestarias- que han de ir transformando no sólo el ordenamiento jurídico sino también las sinergias sociales que contribuyen a mantener un *status quo* de desigualdad entre hombres y mujeres.



El gasto público equitativo como gasto igualitario desde una perspectiva de género.

El art. 31.2 de la Constitución Española señala que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía” En tal precepto el gasto público se haya vertebrado por tres principios: el principio de equidad, y los denominados criterios de eficiencia y economía. El primero es un principio de carácter eminentemente valorativo, mientras que en los otros prima un carácter más técnico del gasto público. La delimitación del contenido de tales principios no es fácilmente aprehensible, y más problemático aún resulta la relación que ha de existir entre ellos, no necesariamente antagónica, pero si necesitada de una ordenación.

El principio de equidad o justicia² resulta uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico según el art. 1.1. CE, y posee diversas manifestaciones normativas destacando su concreción institucional en la conformación de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional. La introducción de este principio en el apartado segundo del art. 31 de la CE resulta una innovación sin precedentes en el Derecho constitucional y pone de relieve la necesidad de una consideración unitaria del fenómeno financiero. La equidad, la justicia, que se procura con la redistribución de los recursos puede efectuarse tanto a través de adecuada distribución de ingresos como con la asignación del gasto. En tal sentido se puede hablar de que la justicia financiera “*resulta tanto del justo reparto de la carga tributaria como del equitativo destino que se dé a los recursos obtenidos*”³. La justicia del gasto, si bien no es un derecho subjetivo de los ciudadanos, sí constituye un mandato a todos los poderes públicos, no tan sólo a la Administración, sino también, y sobre todo, al Poder Legislativo. Así se evidencia del propio art. 31 CE en relación al art. 53.1 de la CE. El gasto justo resulta así un principio jurídico, no meramente retórico, pues posee vinculatividad y obligatoriedad en su respeto, exigencia e implantación.

Si bien es cierto, como señala la STC 45/1989 al hablar del sistema fiscal, que “(...) la igualdad absoluta, matemática, es, ciertamente, tal vez un ideal

.....
2 Utilizamos como sinónimos el término de equidad y justicia –aún manteniendo distinciones- por que tal sentido parece el más acorde a su contexto y en base a lo que se desprende de su significado. En tal sentido el Diccionario de la Real Academia Española, 21 Edición de 1992, señala que equidad es “3. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva” y justicia “3. Derecho, razón, equidad”.

3 PASCUAL GARCIA, J. (1999)

Regimen juridico del gasto publico: presupuestación, ejecución y control.
BOE, Madrid, 1999, p. 325.

inalcanzable en cada caso concreto (...), el sistema debe tender hacia ella», no implica que no sea reconducible a pautas normativas que le asignen un contenido referenciable. La concreción del valor de la justicia no puede dejarse al albur de las decisiones políticas coyunturales. Desde tal perspectiva hemos de suscribir las palabras de SOLER ROCH⁴ ya que “no se puede seguir invocando la decisión política como único criterio legitimador del gasto público; las prioridades de una determinada política, cuando se aplican mediante el empleo de fondos públicos, deben respetar el principio de equidad de estos recursos. Si este principio está olvidado o su aplicación no encuentra viabilidad, no es ocioso recordarlo, ya que su validez se acentúa precisamente en un momento en que la contención del gasto público obliga a decisiones más selectivas”.

El juicio de equidad del gasto comporta un juicio valorativo sobre la bondad o no de los fines a los que se destina el gasto público. Su naturaleza valorativa y el permitir márgenes de imprecisión, no conlleva un relativismo inasible en su concepto y contenido, ya que se puede precisar y delimitar en base a referencias jurídicas que hacen posible su exigencia. Su contenido es determinable sobre la base de su relación con los valores positivizados constitucionalmente. La equidad del gasto se ha de vincular con los derechos y libertades de las ciudadanas y, en concreto, con los principios rectores de la política social económica contenidos en el Capítulo III del Título I de la CE (preceptos del art. 39 al 52). Tales principios constituyen “*la expresión constitucional (normativa e institucional) de unas opciones ideológicas sobre finalidades socioeconómicas que atañen al Estado-comunidad, cuya realización es obligatoria por parte de los órganos estatales*”⁵. Así la doctrina acostumbra a delimitar el contenido de dicho principio desde una perspectiva positiva y negativa, o sea, concretando los gastos que son justos y aquellos que no lo son⁶. Desde el punto de vista negativo se alude al

4 SOLER ROCH, M^a. T.: “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público”, en AA.VV. *El sistema económico de la CE* en XV Jornadas de estudio de la DGS, Vol. II, 1994, pp. 1848-1849. También en tal sentido ESCRIBANO LOPEZ: *Presupuesto del Estado y Constitución*. IEF, Madrid, 1984, p. 325.

5 LUCAS VERDU, P.: *Estimativa y política constitucionales*. Universidad Complutense. Madrid, 1984, p. 158.

6 GARCIA GARCIA: “La constitucionalidad de los principios presupuestarios”. *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22. 1984; ORON MORATAL: *La configuración constitucional del Gasto Público*. Tecnos, Madrid, 1995; CAZORLA PRIETO: “Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico” en *Constitución y las fuentes de Derecho*. Vol. I. IEF, 1979; PEREZ ROYO: “La financiación de los servicios públicos”, en *Principios constitucionales sobre el Gasto público. Gobierno y Administración*. IEF, Madrid, 1988; GARCIA AÑOVEROS: “El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española”, en *XV Jornadas de Estudio de la DGSJE*, Ministerio de Jus-



gasto arbitrario, al gasto que comporta discriminaciones, que promueve desigualdades, al gasto que, en general, contradice los valores constitucionales. Desde el punto de vista positivo se acota en la ordenación de tales recursos para “*promover que las condiciones para la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*” (art. 9.2 CE) y en conseguir la aplicación efectiva de los principios rectores de la política social y económica contenidos en los arts. 39 a 52 de la CE. De las menciones anteriores se aprecia como desde la vertiente positiva y de la negativa, la igualdad aparece como contenido necesario⁷. Resulta lógico pensar que si la justicia sólo es posible entre iguales, la igualdad aparezca insita en la idea de justicia⁸. En tal sentido, en la equidad, se ha de entender integrada por el principio de igualdad ante la Ley (en la Ley y en la aplicación de la Ley) del art. 14 C.E. La igualdad precisa un mismo trato a los que se encuentren en el mismo supuesto de hecho, o sea, plasmar el axioma aristotélico de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales⁹. En tal sentido, se ha de dar tanto una igualdad horizontal que implica dar el mismo trato a las personas que se encuentren en una misma situación, como una igualdad vertical que conlleva un distinto trato a las personas que se encuentren en una situación diferente. Tal principio manifiesta una exigencia de igualdad formal y de no discriminación, y su operatividad cumple una función negativa en la medida que excluye del ordenamiento jurídico las normas que la contradigan. Pero, es más, el principio de igualdad no se limita a un mero reconocimiento formal sino que, en conexión a lo dispuesto en el art. 9.2 de la CE, ha de dar un trato diferenciado a lo que es desigual como medio de conseguir una igualdad material o real.

La conformación del Estado como Social, como prestador, aboca a plantear el principio de igualdad desde su eficacia. Conlleva, no solamente la declaración de tal principio, sino el hecho que se garanticen las condiciones materiales para su ejercicio real y efectivo. En palabras del Tribunal Constitucional “(...) como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad de los

ticia, Madrid, 1994; BAYONA DE PEROGORDO: *El Derecho de los Gastos Públicos*, IEF, 1991; PAS-CUAL GARCIA, J.: *Régimen jurídico del Gasto Público. Presupuestación, Ejecución y control*. BOE, Madrid, 1999.

7 En contra BAYONA DE PEROGORDO, J.J.: *El Derecho de los gastos públicos*. IEF. Madrid, p. 170-172.

8 No obstante se han de tener presente las relaciones y discrepancias entres estos conceptos evidenciadas en BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Barcelona. 1993, p. 59 y ss.

9 Entre otras la STC 76/1990 en su F.J. 10 sintetiza la doctrina respecto del principio de igualdad.

derechos que ha consagrado nuestra Constitución (artículos 1.1., 9.2, y 31.2, principalmente) [...]”(STC 86/1985, de 10 de julio). Así pues, en la ‘asignación equitativa de los recursos públicos’, se ha de entender insisto el mandato de igualdad del art. 9.2 CE, lo que conlleva afirmar la legitimidad de medidas de acción positiva para corregir y superar las desigualdades de origen y lograr la igualdad real y efectiva, no tan solo desde perspectivas de igualdad económica, sino también desde el género. El Tribunal Constitucional señala que “(...)no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que los Poderes Públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (SSTC 216/1991, F.J. 5º y 28/1992, F.J. 3º). Por tanto, el hablar de igualdad jurídica formal en éste ámbito no resulta suficiente dada la existencia de condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situando en una posición de subordinación la mujer al hombre. Para conseguir la igualdad sustancial o material ha de garantizarse la igualdad de oportunidades de las personas que son diferentes. La igualdad de oportunidades parte de reconocer las diferentes situaciones de partida de los miembros de un género, en relación con una actividad o situación social. Hace falta, entonces, la acción positiva del Estado por promover y remover la desigualdad de partida, en palabras de VICTORIA CAMPS “Al Estado corresponde, porque nadie sino un poder central puede hacerlo, redistribuir los bienes básicos -materiales y espirituales- de forma que las posibilidades de intervenir y participar en la toma de decisiones sea una posibilidad real para todos los ciudadanos”¹⁰. En la línea de proscribir discriminaciones se ha señalado que el art. 14 de la CE no consagra un derecho a la igualdad, sino a la diferencia, en la medida que se pretende que no se produzcan discriminaciones¹¹. Los anteriores planteamientos aplicados

10 CAMPS, V.: *Los valores de la educación*. Anaya. Madrid, 1994.

11 Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley y en concreto sobre la discriminación el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente



a la mención de gasto equitativo implican que este ha de ser un gasto que posibilite la realización de una igualdad real y efectiva, un gasto igualitario en términos de género.

Junto al principio material de equidad la Constitución configura dos principios o criterios económico-financieros de carácter instrumental y técnico: la eficiencia y la economía. Tales criterios poseen una raigambre económica, si bien su inclusión en la norma constitucional les dota de juridicidad. Manifiestan ideas concurrentes aunque desde perspectivas diversas; por un lado, el principio de economía afirma la necesidad de alcanzar los objetivos determinados a un costo mínimo y, por otro, la eficiencia pretende obtener un máximo de objetivos partiendo de un concreto gasto. El reconocimiento de dichos principios implica la introducción de técnicas de gestión y control propias del sector privado al público. Dado su carácter eminentemente técnico posee una relación instrumental respecto del principio de equidad al que, en ningún caso, podrán contrariar. Se ha de tener presente, que si bien el precepto constitucional parece escindir ámbitos de actuación diversos para los principios que señala –la equidad para la asignación de los recursos y la eficiencia y economía para su programación y ejecución–, el principio de equidad posee una vocación expansiva que desborda el marco establecido. De otra forma unos mismos gastos ajustados a los principios de economía y eficiencia pueden resultar injustos, dado el amplio margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de efectuar el gasto¹². De ahí, la necesidad de afirmar la prevalencia del principio de equidad pues la ejecución del presupuesto no puede efectuarse a sus espaldas. Si bien de forma ordinaria la concreción del gasto equitativo será también eficiente y económica, la eventual colisión entre tales criterios se resolverá a favor de la equidad por constituir valor superior del ordenamiento jurídico. Es así que *“sólo dicho principio material podría justificar deseconomías en el gasto público”*¹³. Y tal planteamiento no es baladí o meramente teórico pues existe el peligro de que una mani-

te aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 76/1990 de 26 de abril).
12 PASCUAL GARCÍA, J.: Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control. BOE. Madrid. 1999, p. 330.

13 ORON MORATAL, G.: *La configuración constitucional del gasto público*. Techos. Madrid, 1995, pág. 54.

festación de tales principios instrumentales, como es la estabilidad presupuestaria cuestione o ponga en entredicho el principio material de justicia al que necesariamente están llamados a servir.

El principio de estabilidad presupuestaria regulado en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria no se presenta como un mecanismo para alcanzar los principios jurídicos que legitiman al gasto, en última instancia la equidad del gasto público, sino como el elemento base para el desarrollo económico, para un desarrollo técnico-económico aparentemente aséptico¹⁴. La legislación sobre estabilidad presupuestaria no menciona al principio de equidad o justicia en el gasto cuando, según lo examinado en el art.31.2 de la CE, resulta el principio básico del gasto público¹⁵. El principio de estabilidad presupuestaria tiene una importante eficacia ya que vincula a todos los entes públicos y condiciona la futura elaboración de normativa (vide art. 6.2 de la Ley 18/2001). Dicho principio supone entronizar a una manifestación de los principios técnicos basados en consideraciones cuantitativas y economicistas, desconociendo al criterio cualitativo de la equidad. No obstante, podría afirmarse, que la legislación sobre la estabilidad presupuestaria no impide la justicia del gasto, pero tampoco podemos ignorar que no reconoce expresamente al principio de justicia y, sobre todo, no establece las garantías necesarias para asegurar el mismo. Por consiguiente la estabilidad presupuestaria establecida, en la medida que no procure y garantice la equidad del gasto, pondrá en cuestión también al gasto igualitario. La estabilidad presupuestaria pone de relieve la importancia de los criterios técnicos del gasto respecto del principio valorativo de equidad. En ningún caso la eficacia de la manifestación de los criterios técnicos del gasto –estabilidad- pueden llevar a subordinar al principio de equidad y justicia que ha de regir los gastos públicos.

Ni el legislador puede desconocer ni el juzgador puede ignorar la prevalencia del principio de equidad en el este ámbito. Ratificar la primacía de tal principio implicaría también establecer instrumentos del control ade-

.....
14 Resulta expresiva a este respecto la Exposición de Motivos de la Ley 18/2001: "En definitiva, el equilibrio presupuestario va a ser la gran contribución de la política presupuestaria a la estabilidad macroeconómica que posibilita seguir desarrollando el verdadero potencial de crecimiento y de generación de empleo de la economía española y con ello avanzar en el proceso de convergencia real con los países más desarrollados".

15 Ver en este sentido como se alude a determinados principios generales asociados a la estabilidad en el art. 3 al 6 de la Ley 18/2001.



cuados. De ahí la necesidad de explicitar dentro de las tareas de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas –supremo órgano de fiscalización externa del sector público- el principio de justicia, especificando la dimensión de género. Tal medida posibilitaría un control más preciso y una evaluación más próxima de la gestión de los gastos públicos en políticas de género, tanto de los programas específicos como de los gastos genéricos y su incidencia en este ámbito.



BIBLIOGRAFÍA

BAYONA DE PEROGORDO, J.J. (1991): *El Derecho de los gastos públicos*, Madrid, IEF.

BOBBIO, N. (1993): *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós.

CAMPS, V. (1994): *Los valores de la educación*, Madrid, Anaya.

CAZORLA PRIETO, L.M. (1979): "Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico" en *Constitución y las fuentes de Derecho*. Vol. I. IEF.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 21 Edición de 1992

ESCRIBANO LOPEZ, F. (1984): *Presupuesto del Estado y Constitución*, Madrid, IEF.

GARCIA AÑOVEROS, J. (1994): "El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española", en *XV Jornadas de Estudio de la DGSJE*, Madrid, Ministerio de Justicia.

GARCÍA GARCÍA, J.L. (1984): "La constitucionalidad de los principios presupuestarios", en *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22.

LUCAS VERDU, P. (1984): *Estimativa y políticas constitucionales*, Madrid, Universidad Complutense.

ORON MORATAL, G. (1995): *La configuración constitucional del Gasto Público*, Madrid, Tecnos.

PEREZ ROYO, F. (1988): "La financiación de los servicios públicos", en *Principios constitucionales sobre el Gasto público. Gobierno y Administración*, Madrid, IEF.

PASCUAL GARCIA, J. (1999): *Régimen jurídico del Gasto público: Presupuestación, Ejecución y Control*, Madrid, BOE.

SOLER ROCH, M^a. T. (1994): "Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público", en AA.VV. *El sistema económico de la CE en XV Jornadas de estudio de la DGS*, Vol. II pp. 1848-1849.



REFLEXIONES ACERCA DE LA INTRODUCCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL SISTEMA FISCAL ESPAÑOL: ¿MODELO ANDROCÉNTRICO O MODELO EFICAZ PARA ALCANZAR LA IGUALDAD DE GÉNERO?

*Yolanda García Calvente
Profesora Titular de Derecho
Financiero y Tributario
Universidad de Málaga*

*Mercedes Ruiz Garijo
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Tributario
Universidad Rey Juan Carlos*

Introducción

El androcentrismo, como es sabido, sitúa al hombre como medida de todas las cosas: “la humanidad es masculina y el hombre define a la mujer, no en sí, sino en relación con él. La mujer se determina y se diferencia con respecto al hombre, y no a la inversa; ella es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, es el Absoluto; ella es la Alteridad” (Simone de Beauvoir)¹. El androcentrismo es una pieza fundamental para la existencia y perdurabilidad del sistema patriarcal que sitúa a la mujer (como colectivo) en el plano de la Alteridad (no reciprocidad). El androcentrismo invisibiliza a la mujer y minusvalora su papel en la sociedad. De este modo, se pudiera afirmar que la sociedad actual aún piensa y vive de forma androcéntrica.

Se habla, así, de un androcentrismo histórico, social, filosófico, religioso y por lo que a nosotros respecta, de un androcentrismo fiscal. En efecto, el Fisco, entendido desde un punto de vista funcional como la actividad financiera del Estado, como la necesidad de obtener tributos para financiar el gasto público, tampoco es ajeno al androcentrismo. Éste se manifiesta en el espacio público, en especial, en el ámbito de la toma de decisiones (poder político) y en el de la enseñanza (Universidades, concretamente). Similar afirmación debemos realizar si observamos qué papel desempeña la mujer en la aplicación de la norma fiscal, es decir, si observamos el número de mujeres que desempeñan trabajos relacionados con la fiscalidad (abo-

.....
¹ *El segundo sexo*. Volumen I. *Los hechos y los mitos*. Ediciones Cátedra, 1998, página 50.

gacía, asesoría fiscal, etc.). Las cifras demuestran que la participación de la mujer sigue siendo reducida en el espacio público relacionado con el Fisco.

Pues bien, el objeto de este trabajo no es otro que analizar dos de los impuestos más importantes de nuestro sistema: IRPF e ISyD desde la perspectiva apuntada, tratando de aportar soluciones a las evidentes situaciones de discriminación para la mujer.

La perspectiva de género en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

El debate sobre la permanencia de los impuestos que gravan las sucesiones en los sistemas tributarios se ha centrado con mayor frecuencia en cuestiones políticas que en su adecuación al principio de capacidad económica. En las adquisiciones a título gratuito la denominada “regla de la normalidad” quiebra en demasiadas ocasiones, pese a la previsión de diversas técnicas desgravatorias que han tratado de resolver esta cuestión².

Aunque en algunos de los países de la Unión Europea se optó hace tiempo por suprimir la tributación de las sucesiones (véase el ejemplo de Italia, Suecia o Portugal), lo cierto es que en muchos otros se siguen gravando. Y en muchos casos, la regulación establecida ocasiona desigualdades de género sobre las que debería reflexionarse. De entrada, la propia configuración del Derecho de Sucesiones ha sido considerada una clara muestra del modelo androcéntrico de sociedad imperante desde los inicios de la Historia.

Pues bien, pese a tratarse de un impuesto, tradicional en nuestro sistema, son numerosas las críticas que recibe, reclamándose incluso su supresión tanto por determinados grupos políticos, como por un cualificado sector doctrinal. El problema se acentúa si tenemos en cuenta que los nuevos modelos de familia y de convivencia no han sido convenientemente contemplados a estos efectos. Por ejemplo, son evidentes las diferencias que derivan de las desigualdades de trato de las uniones matrimoniales frente a las uniones de hecho. Es cierto que en nuestro país algunas CC.AA. han solucionado esta discriminación equiparando las uniones matrimoniales con las uniones de hecho. También la *Ley 13/2005* soluciona en parte el problema ante el que se encontraban las parejas del mismo sexo pero: ¿Es ésta la situación en todos los países de la Unión Europea? ¿Agota el re-

.....
2 Según esta regla, cuando el legislador configura una determinada situación como hecho imponible está atendiendo a un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad.



conocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo el debate sobre el tema? ¿Garantizan las normas reguladoras de la fiscalidad de las sucesiones el mainstreaming de género?

En la Unión Europea, ¿existe un sesgo de género explícito en la regulación de la tributación de las sucesiones? La respuesta debe ser afirmativa puesto que nos encontramos con una situación dispar en la que junto con países en los que, como en España, el matrimonio se permite tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, conviven ordenamientos jurídicos en los que aún se debate acerca de la conveniencia de otorgar reconocimiento jurídico a las parejas de hecho³.

Y resulta evidente que, aunque en algunos estados sigan existiendo discriminaciones, existe un claro fundamento desde el punto de vista de los principios generales a que las parejas del mismo sexo (se les reconozca o no el derecho a contraer matrimonio) y los matrimonios heterosexuales tengan los mismos derechos y obligaciones. Por tanto, en el caso de la tributación de las sucesiones, ambos deben gozar de las mismas exenciones. No hay que olvidar que la finalidad de la exención para el cónyuge en nuestro ISyD, a diferencia de la aducida por el gobierno británico, no es otra que la ausencia de capacidad económica en la adquisición *mortis causa* de la vivienda familiar. El cónyuge superviviente ya habitaba dicho inmueble, y no se produce ningún cambio que suponga un incremento de capacidad económica cuando la pareja fallece. Es más, debemos de ser conscientes de que normalmente los gastos se incrementan al desaparecer una de las personas perceptoras de rentas.

En nuestra opinión, esta situación se da en la misma medida en otras formas de convivencia, incluyéndose evidentemente la constituida por la unión de dos hermanas, o por los hijos y sus progenitores, o incluso por dos personas a las que no una ningún vínculo afectivo y que hayan decidido convivir de por vida⁴. Sin embargo, como se comenta en el apartado

.....
 3 Baste citar como ejemplo el caso de Italia. Sobre este tema véase PIZZOLATO, F.: "La famiglia nella costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza". En la interesantísima obra: PEZZINI, B. (Dir.): *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*. Jovene Editore, Napoli, 2008.

4 En relación con esta cuestión resulta de especial interés la lectura de la Sentencia del TEDH *Burden and Burden / United Kingdom*, en la que se niega la violación del artículo 14 del CEDH por la extensión de la exención prevista en el impuesto que grava las sucesiones a los miembros del "partenariado civil" y no a uniones distintas como la de dos hermanas que conviven bajo el mismo techo.

anterior, carecería de lógica someter la aplicación del ISyD a complejos mecanismos probatorios que permitieran discernir cuándo se dan estas circunstancias. Y lo cierto es que en nuestro sistema tributario, se prevé una reducción del 95%, con el límite de 122.606,47 euros en caso de transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes del causante o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Las hermanas Burden, en España, gozarían del mismo trato que los matrimonios, y no hubieran tenido que plantear un recurso contra nuestra normativa en el TEDH. Conviene tener en cuenta que a quien no se incluye entre los beneficiarios de la reducción es a las parejas de hecho, aunque no podemos afirmar que en la actualidad ello suponga una discriminación para las parejas homosexuales, a quienes la ley permite contraer matrimonio. En todo caso resulta discriminatorio para parejas heterosexuales u homosexuales que, por diversos motivos, deciden no contraer matrimonio. ¿Cuál es el motivo de ello? Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión en distintas ocasiones, afirmando que⁵:

“el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho ‘more uxorio’, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”

Conviene tener presente que los impuestos que gravan las sucesiones, en los que los vínculos familiares son un importante elemento de subjetivización del tributo, son potencialmente más “peligrosos” que los tributos objetivos (como los que gravan el consumo) para la igualdad de género. Prácticamente en todos los sistemas tributarios en los que existen impuestos que gravan las sucesiones se prevén beneficios fiscales relacionados con el parentesco, y en consecuencia pueden incluir discriminaciones como el tratamiento desigual a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, o en general, a las parejas de hecho respecto de las unidas por vínculo matrimonial.

En España, tras la entrada en vigor de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, no

.....
5 STC 184/1990 (RTC 1990, 184) (F.3).



es posible hablar de una discriminación para las parejas del mismo sexo en este sentido, ya que igual que las heterosexuales, pueden optar por convivir como pareja de hecho o como matrimonio⁶. Sin embargo, la LISyD considera como “extraños” a efectos de la aplicación de las reducciones por grupos a las parejas de hecho. Ello supone que en vez de una reducción de 15.956,87 euros, que es la prevista para las cónyuges, a quienes se integra en el Grupo II (artículo 20), les corresponde una igual a cero, al considerárseles parte del Grupo IV (*“en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habrá lugar a reducción”*). Además, con independencia de las reducciones anteriores, se aplicará una reducción del 100 %, con un límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, cuando su parentesco con el contratante fallecido sea de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado. En los seguros colectivos o contratados por las empresas a favor de sus empleados se estará al grado de parentesco entre el asegurado fallecido y beneficiario.

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 %. Del mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

.....
 6 Tal como se afirma en la Exposición de Motivos de esta norma, el legislador no puede en forma alguna ignorar lo evidente:“(…) la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.”

No obstante, la situación planteada ha sido resuelta por diversas Comunidades Autónomas, que haciendo uso de las competencias normativas que les otorga la *Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía*, en su artículo 40, han decidido equiparar las uniones de hecho a los matrimonios.

En Andalucía, la *Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho*, establece en su artículo 20 la equiparación fiscal y tributaria *“A todos los efectos tributarios y beneficios fiscales en el régimen tributario y fiscal autonómico, la convivencia por unión estable de una pareja se equipará al matrimonio siempre que la misma y su acreditación reúnan los requisitos previstos en esta Ley”*. Castilla y León, si bien no cuenta con una norma que regule las uniones de hecho, sí cuenta con regulación sobre el Registro de Uniones de Hecho (Decreto 117/2002 de 24 de octubre). Lo mismo ocurre en Extremadura y en Asturias. En Cataluña, la *Ley 10/1998 de 15 de julio*, en la Disposición Final Primera, conmina a la Generalidad a *“en el marco de sus competencias normativas”* regular por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las formas de unión a que hace referencia la presente Ley referida al IRPF y al ISyD en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio⁷.

La *Ley 1/2001, de 6 abril, de Uniones de Hecho de Comunidad Valenciana* incluye un artículo 9 según el cual: *“Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa valenciana de derecho público, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”*.

Finalmente, en Madrid, la *Ley 11/2001, de 19 diciembre, de Uniones de Hecho*, recoge un artículo de contenido idéntico al valenciano.

En las Comunidades mencionadas las parejas de hecho se equiparan a los matrimonios a efectos de la aplicación del ISyD. Sin embargo, en todas ellas se prohíbe la formación de una unión de hecho a los parientes colaterales por consanguinidad o a adopción dentro del tercer grado. Si tenemos en cuenta que estas personas tampoco pueden contraer matrimonio, podemos afirmar que las hermanas Burden no podrían beneficiarse de los beneficios fiscales previstos en el ISyD para los cónyuges o las parejas de hecho. Claro que, en nuestro país, aún les quedaría una posibilidad, pues

.....
 7 Este mandato se cumplió con la aprobación de la Ley 25/1998, de 31 de diciembre, de Medidas administrativas, fiscales y de adaptación al euro.



como se ha adelantado: el artículo 20.2.c) LISyD prevé una reducción del 95%, *“con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento”*. Así pues, las hermanas Burden carecerían de motivos para acudir al TEDH, alegando los motivos que conocemos, si fueran contribuyentes de nuestro impuesto.

En la Unión Europea, los países en los que existe matrimonio homosexual, además de España, son: los Países Bajos desde 2001, Bélgica desde 2003 y Noruega desde el 2009. En el resto conviven distintas fórmulas jurídicas que, en mayor o menos medida, tratan de amparar jurídicamente a las uniones de hecho.

¿Y qué ocurre con los impuestos que gravan las sucesiones? Analizamos a continuación la situación en los países más importantes de nuestro entorno.

En Francia, las uniones de hecho están reguladas en la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*. El pacto se define como un “contrato” concluido por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común (artículo 515.1 CC). Se excluye expresamente la posibilidad de que tal “contrato” sea celebrado por parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado, ni los casados o ligados con otra persona por un pacto civil de solidaridad (artículo 515.2 CC).

En su artículo 4.3 se establece que « III. - Les règles d'imposition et d'assiette, autres que celles mentionnées au dernier alinéa du 1 et au 7 de l'article 6 du code général des impôts, les règles de liquidation et de paiement de l'impôt sur le revenu et des impôts directs locaux ainsi que celles concernant la souscription des déclarations et le contrôle des mêmes impôts prévues par le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour les contribuables mentionnés au deuxième alinéa du 1 de l'article 6 du code général des impôts s'appliquent aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité qui font l'objet d'une imposition commune ». Por lo tanto, en materia fiscal, el concubino firmante de un pacto civil de solidaridad se asimila al cónyuge casado y se beneficia de una exención total sobre los bienes que herede de su pareja difunta. Conviene recordar que en ausencia de pacto o de matrimonio la fiscalidad sobre las sucesio-



nes asciende en Francia al 60% de los derechos sucesorios adquiridos. Pero, como hemos visto, se excluye de la posibilidad de firmar el pacto, entre otros, a los parientes colaterales hasta el tercer grado, con lo que en caso de haber nacido en Francia las hermanas Burden se habrían encontrado en la misma situación que denuncian en Reino Unido.

En Finlandia, la *Inheritance and Gift Tax Act of July 1940 (378/1940)* incluye una exención para los viudos o viudas, no haciéndose referencia a los miembros de las uniones de hecho. En Grecia, la Ley 2961/2001 prevé una exención para la adquisición sucesoria de vivienda habitual en la que tampoco se menciona a estas personas. Sin embargo, en Bélgica, “le droit de sucesión par décès” se refiere tanto a los cónyuges como a los “cohabitantes”.

La situación de algunos de estos países es contraria a la política comunitaria. Baste recordar, por ejemplo, que en el año 1994, vistas las disposiciones jurídicas discriminatorias existentes para lesbianas y homosexuales en algunos Estados miembros, el Parlamento Europeo les pedía que pusieran fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas, lo que incluía permitirles el acceso al matrimonio o a fórmulas jurídicas alternativas⁸. En la misma línea, la Resolución de 16 de marzo de 2000 hacía una llamada a la igualdad entre parejas casadas, no casadas, monoparentales, homosexuales y tradicionales en la legislación civil sobre régimen patrimonial, en el derecho societario, y también en la normativa fiscal.

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentenciado que denegar la pensión de viudedad a un homosexual a la muerte de su pareja de hecho supone una «discriminación por motivos de orientación sexual», y que, en aquellos países donde el matrimonio está reservado a personas de distinto sexo, las parejas homosexuales inscritas en los registros oficiales deben disponer de los mismos derechos que los casados. El Tribunal respondió así a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado alemán, que analiza la reclamación de Tadao Naruko, un ciudadano al que le fue denegada la pensión de viudedad a la muerte de su compañero⁹. En este pronunciamiento se recuerda que la Directiva 2000/78 tiene por objeto luchar contra ciertos tipos de discriminación, entre los que figura la motivada por la orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique

8 Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94, del 8 de febrero de 1994 (DOCE de 28 de febrero de 1994). Por desgracias, no es posible afirmar que el objetivo de esta Resolución se haya cumplido.

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008.



el principio de igualdad de trato. A tenor del artículo 2 de dicha Directiva, se entiende por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. Según el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. El apartado 2, letra b), inciso i), del mismo artículo 2 establece que existe discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros puede ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

La conclusión de esta reflexión debe ser la siguiente: la imposición sobre las sucesiones en la Unión Europea debiera ser, de aplicarse correctamente el acervo comunitario y sus principios inspiradores, un instrumento para garantizar la igualdad de género. Sin embargo, en muchos países es aún un mecanismo de perpetuación encubierta de modelos androcéntricos. Así, mientras que en España o en Francia, no existe discriminación alguna por razón de sexo en este tema puesto que en el primero se reconocen los matrimonios homosexuales y en el segundo el partenariado civil se equipara a ellos a todos los efectos que nos interesan, en otros (por ejemplo en Grecia), las uniones de hecho no gozan en la imposición sucesoria de los mismos beneficios que los matrimonios.

Por lo demás, lo cierto es que no se perciben otros sesgos de género explícitos en los impuestos que gravan las sucesiones. No obstante, el sesgo puede encontrarse en las propias normas reguladoras de las sucesiones, que introducen en demasiadas ocasiones factores de discriminación. En tal caso, la perpetuación del modelo androcéntrico extiende también sus efectos al impuesto que toma como base la distribución de la herencia consecuencia de la aplicación de dichas normas.

La perspectiva de género en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como impuesto más importante del sistema fiscal español, se observa de forma acusada lo que

se pudiera denominar androcentrismo fiscal. El tratamiento que en él se dispensa a la mujer se realiza obviando sus avances sociales y económicos de los últimos años. En particular, el régimen de tributación conjunta contribuye a mantener el androcentrismo fiscal (y a perpetuar a la mujer en la situación de Alteridad) de la siguiente forma:

El régimen de tributación conjunta.

A) El régimen de tributación conjunta se basa en una percepción estática de la familia.

El régimen de tributación conjunta es un régimen fiscal que cuenta ya con algunos años de existencia y que no se ha adecuado a las realidades sociales actuales ni al avance de la mujer como colectivo. En efecto, los nuevos modelos de familia surgidos con la emancipación de la mujer no encuentran su lugar en este régimen de tributación que queda reservado a los siguientes modelos de unidad familiar (artículo 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

a) Cónyuges no separados legalmente junto a los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos; y junto a los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

b) Para los supuestos de separación legal o cuando no exista vínculo matrimonial, se considera unidad familiar la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan las características anteriores.

Como puede observarse, quedan fuera de la posibilidad de tributar de forma conjunta las parejas de hecho con hijos y otro tipo de familias monoparentales. En este sentido, se podría afirmar que el Derecho Tributario se caracteriza por una cierta falta de dinamismo en relación con el tratamiento fiscal de los nuevos modelos de familia¹⁰.

.....
 10 En relación con esta cuestión, vid. a CARBAJO VASCO, D. para quien "nuestro IRPF o bien se adapta a la realidad social o bien potencia los fenómenos más modernos de vida familiar, coadyuvando el dinamismo sociológico y la modernización de España". "La tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la igualdad de género. Algunas reflexiones", en la obra colectiva *Política fiscal y género*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.



B) El régimen de tributación conjunta incentiva la permanencia de la mujer en el hogar.

El régimen de tributación conjunta, desde sus orígenes, se ha configurado como un sistema de menor contribución en aquellos casos en los que un solo cónyuge sea el perceptor de las rentas de la unidad familiar (en un alto porcentaje dicho perceptor ha sido y parece seguir siendo el esposo). Como recuerda CARBAJO VASCO “nuestra “tributación conjunta”, no lo olvidemos, fue creada (...) para proteger a un modelo de familia centrado en un marido generador de la mayor parte de las rentas y una mujer, cuyos ingresos o tenían un carácter marginal para el presupuesto familiar o directamente entraban en el mercado de trabajo sumergido y, en consecuencia, no se declaraban en el gravamen”¹¹.

De esta forma, la medida de la contribución de la unidad familiar es menor en el caso de que la mujer casada desempeñe trabajos domésticos dentro del hogar. En este caso, el legislador ignora la distribución de la renta dentro del hogar familiar y la valoración del trabajo doméstico¹². El contribuyente cuya esposa no obtiene ingresos fuera del hogar puede optar por la declaración conjunta y además tendrá derecho a la aplicación del mínimo personal de su esposa en lo que se ha denominado por PAZOS MORÁN como “la desgravación por esposa dependiente”¹³.

El trabajo de la mujer fuera del hogar y la obtención de ingresos son menos beneficiosos desde el punto de vista fiscal ya que se produce una acumulación de rentas y la aplicación de unos tipos progresivos que pueden llegar a ser hasta del 43 por ciento¹⁴. En este caso la opción más beneficiosa es la tributación individual. Por si fuera poco, tal y como pone de relieve

.....

11 *Ibidem*.

12 Como afirma FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A., GRANELL PÉREZ, R. y HIGÓN TAMARIT, F. “como no son producidas e intercambiadas en el mercado, no se monetizan y, por tanto, no son gravadas por el IRPF”. “La deducción para madres trabajadoras: un análisis mediante microsimulación”, *Boletín económico de ICE*, número 2874, 2006.

13 PAZOS MORÁN, M.: “Género e Impuesto sobre la Renta (IRPF) en España. Propuestas para la Reforma”, en la obra colectiva *Política fiscal y género*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

14 El propio legislador ha reconocido la necesidad de revisar el actual modelo de tributación conjunta. En este sentido, en la Exposición de motivos de la Ley 35/2006 se reconoce que: “La política de no discriminación por razón de género y razones de simplificación de la gestión del impuesto podrían justificar su revisión. No obstante, se mantiene su tratamiento actual en el impuesto para evitar numerosos perjudicados en los matrimonios en los que alguno de sus miembros no puede acceder al mercado laboral, y por tanto obtiene rendimientos sólo uno de los cónyuges, como podrían ser los casos de determinados pensionistas con rentas de cuantía reducida, o de determinadas familias numerosas.”

PAZOS MORÁN existe en el IRPF una desgravación de enorme importancia en términos cuantitativos y que cumple un papel central en la imposición sobre las rentas del trabajo. Se trata de la **reducción de la base imponible por rendimientos del trabajo**. Esta reducción es decreciente con los citados rendimientos. En efecto, “si cada contribuyente pudiera aplicarse esa reducción a los rendimientos de su propio trabajo independientemente de los rendimientos de su cónyuge, esta desgravación constituiría un mecanismo que mitigaría, en parte, el efecto desincentivador del trabajo de las mujeres casadas que produce la tributación conjunta. Sin embargo, en caso de tributación conjunta, ‘el importe de la reducción se determinará en función de la cuantía conjunta de los rendimientos netos del trabajo de todos los miembros de la unidad familiar... sin que proceda multiplicar el importe de la reducción resultante en función del número de miembros de la unidad familiar perceptores de rendimientos del trabajo’ (Agencia Tributaria, 2003). Es decir, una mujer casada con un hombre que gana más de 8.500 euros, y que se incorpore al mercado de trabajo, no podrá desgravar ya absolutamente nada por su propio salario. Al contrario, su salario originará una penalización, pues disminuirá la desgravación ‘familiar’ por rendimientos del trabajo en lugar de aumentarla”¹⁵.

Se podría afirmar que la ineficiencia y la falta de equidad en el régimen de tributación conjunta se produce con independencia del sexo del cónyuge que desempeña las tareas domésticas. Ello es cierto. Sin embargo, la agravante de este tratamiento fiscal lo constituye el hecho de que la no percepción de ingresos y la no realización de trabajos fuera del hogar al día de hoy siguen afectando al colectivo de las mujeres en mayor proporción que al de los hombres.

Las deducciones por maternidad, nacimiento y adopción de hijos.

Hemos visto cómo el androcentrismo se caracteriza por situar a la mujer en un plano de Alteridad, inmanencia e inesencialidad. Desde el punto de vista económico, el androcentrismo también se comporta de la misma forma de suerte que los hombres, como colectivo, son los que tienen situaciones más ventajosas, salarios más elevados, más oportunidades de triunfar que sus competidoras recientes. En definitiva, que los hombres ocupan en la industria y la política mayor número de puestos y siempre son los más importantes. La mujer, como colectivo, queda desplazada al ámbito del hogar y de los hijos.

.....
15 PAZOS MORÁN, M.: “Género e Impuesto sobre la Renta (IRPF) en España. Propuestas para la Reforma”, op. cit.



El legislador fiscal da una muestra más de este androcentrismo, y en consecuencia, del dicotomismo sexual que se deriva de aquél, con el establecimiento de una serie de deducciones en las que se refleja con intensidad, la situación de Alteridad de la mujer, la ausencia de reciprocidad y de igualdad de género. Nos atrevemos a afirmar, incluso, que el legislador mantiene presentes las diferencias de género en tanto que sigue pensando de forma estereotipada en la mujer como colectivo cuidador e incluso “responsable” de la natalidad del país. Como veremos inmediatamente, se establece una suerte de “premio” para las mujeres madres y adoptantes.

Nos referimos, de esta forma, a dos deducciones establecidas por el legislador estatal. La primera de ellas es la *deducción por maternidad*. Está prevista para aquellas mujeres con hijos menores de tres años que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad (en los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil). En estos casos, las madres podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales (artículo 81 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF).

Esta deducción, en nuestra opinión, es también una manifestación del androcentrismo fiscal del legislador. En primer lugar porque si se entiende que su justificación es compensar económicamente por el hecho de la maternidad, no entendemos sin embargo por qué su aplicación no está prevista también para los padres (solamente en el caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente). Si, por el contrario, se entiende que su justificación es favorecer la incorporación de la mujer al mercado (ya sea laboral o por cuenta ajena) también debería extenderse a las mujeres con hijos mayores de tres años.

Sea como fuere, la principal cuestión está en analizar qué eficacia tiene en la práctica esta deducción fiscal. Téngase en cuenta que su importe es de hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años calculándose de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos previstos en la ley. Además, tiene como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social



y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción. En definitiva, parece tratarse de un “reembolso” cuya cuantía no creemos que incentive la incorporación de la a mujer al mercado.

La segunda deducción establecida por el legislador es la *deducción por nacimiento o adopción de hijos (2.500 euros por hijo)*. Al igual que en el caso anterior, esta deducción está pensada para la madre representando, así, a juicio del legislador, una medida de apoyo a las familias lo cual, a nuestro entender, puede resultar discutible, como se verá inmediatamente¹⁶. En efecto, tanto en el caso de nacimiento como de adopción por personas de distinto sexo tendrá derecho a la deducción la madre no el otro progenitor salvo que fallezca la madre sin haber solicitado la prestación o la percepción anticipada de la deducción (art.81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF).

Pero lo que más problemático nos resulta es el establecimiento de dos requisitos que nos resultan ciertamente restrictivo: 1) la persona beneficiaria debe realizar una actividad por cuenta propia o ajena por la cual esté dada de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad en el momento del nacimiento o la adopción y 2) la persona beneficiaria deberá haber obtenido durante el período impositivo anterior rendimientos o ganancias de patrimonio, sujetos a retención o ingreso a cuenta, o rendimientos de actividades económicas por los que se hubieran efectuado los correspondientes pagos fraccionados.

En todo caso, también nos resulta dudosa cuál es la eficacia de esta medida como instrumento de apoyo a las familias en tanto que la cuantía de la deducción no depende de las rentas obtenidas por las familias beneficiarias. La deducción se desvincula de los ingresos familiares.

Otras medidas.

Para finalizar, también queremos advertir cómo la LIRPF contempla otras medidas pensadas para el cónyuge que finalmente terminan siendo discriminatorias para la mujer. Este sería el caso de la medida contemplada en el artículo 30.5 de la LIRPF que considera gasto deducible de los rendi-

¹⁶ El Informe de impacto de género que acompaña a la Ley valora la prioridad de la madre como beneficiaria de las deducciones previstas en el Proyecto y la basa en la especial vinculación de la maternidad con el nacimiento y adopción de un nuevo hijo. De nuevo, parece que la natalidad solamente es cosa de mujeres.



mientos de actividades económicas las primas de seguro de enfermedad satisfechas por el contribuyente en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su cónyuge e hijos menores de veinticinco años que convivan con él (con el límite máximo de 500 euros por cada una de las personas señaladas anteriormente). Teniendo en cuenta quiénes realizan actividades económicas en la actualidad, el sesgo de género implícito parece evidente.

Lo mismo se podría decir de la medida contemplada en el artículo 51.7 relativa a la reducción por aportaciones a mutualidades de previsión social y a planes de previsión asegurados: *«los contribuyentes cuyo cónyuge no obtenga rendimientos netos del trabajo ni de actividades económicas, o los obtenga en cuantía inferior a 8.000 euros anuales, podrán reducir en la base imponible las aportaciones realizadas a los sistemas de previsión social previstos en este artículo de los que sea partícipe, mutualista o titular dicho cónyuge, con el límite máximo de 2.000 euros anuales».*

En definitiva, también en estas medidas encontramos un resquicio de lo que hemos denominado androcentrismo fiscal y del dicotomismo sexual, presente casi de forma imperceptible en la mentalidad del legislador.



BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS, C. (2007): *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para las luchas de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 3ª edición.

CARBAJO VASCO, D. (2005): "La tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la igualdad de género", en PAZOS-MORÁN, M. ed. (2005): *Política fiscal y género*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

DE BEAUVOIR, S. (1949-1998): *El segundo sexo*, Volumen I, *Los hechos y los mitos*, Madrid, Cátedra.

DE VILLOTA GIL-ESCOÍN, P. (1999): "Aproximación al estudio de la política fiscal en España desde una perspectiva de género", en *Mujeres y economía: nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas* ISBN 84-7426-451-0, pp. 307-336

FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A. (2006): "La deducción para madres trabajadoras: un análisis mediante microsimulación", *Boletín económico de ICE*, número 2874.

LLOMBART BOSCH, M^a. J. (2006): "El impacto de género en la Política fiscal y social", en *Boletín del Instituto Universitario de Estudios Fiscales y Financieros (BInUEFF)*, ISSN 1885-2762, N.º 4, pp. 23-26

LOMBARDO, E. (2006): "La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea", publicado en *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, Núm. 6.

PAZOS MORÁN, M. (2005): "Género e Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas. Propuestas de reforma", en PAZOS-MORÁN, M. ed (2005): *Política fiscal y género*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

PAZOS MORÁN, M. (2006): "Impuestos y prestaciones: ¿Cómo tener en cuenta a las mujeres?", en VARA, M.J. ed. (2006): *Estudios de Género y Economía*, Madrid, Akal.

SIV S. GUSTAFSSON (2005): "Impacto de género de los impuestos sobre la renta. Desincentivos al trabajo de las mujeres casadas producidos por la tributación conjunta", en PAZOS-MORÁN, M. ed. (2005): *Política fiscal y género*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

VALCÁRCEL, A. (2004): *La política de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 3ª edición.



NUEVOS CONTENIDOS DE LAS LEYES DE IGUALDAD: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO NUEVO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN

Carolina Gala Durán

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona*

Las políticas de igualdad y no discriminación como contenido de la responsabilidad social empresarial (RSE).

Tal y como es conocido, las medidas de igualdad y no discriminación constituyen uno de los contenidos esenciales de la responsabilidad social empresarial (RSE), pudiéndose manifestar, incluso, que, en estos momentos y tal se desprende de algunos preceptos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la RSE es una nueva forma de fomentar y avanzar en la puesta en práctica de las políticas de igualdad y no discriminación; idea por la que están apostando, de forma importante, algunas Comunidades Autónomas (Galicia, Cataluña y Andalucía), que están adoptando medidas concretas en este ámbito.

Cabe tener presente que, tanto en textos de la Unión Europea como en normas internas, tanto estatales como de algunas Comunidades Autónomas, se hace referencia expresa, aunque con un contenido más o menos desarrollado, al hecho de que uno de los componentes de la RSE es la consecución efectiva de la igualdad y no discriminación en las empresas y demás organizaciones o entidades, ya sea con carácter genérico o bien vinculada con la situación concreta existente entre hombres y mujeres, o respecto del colectivo de personas con discapacidad, minorías étnicas, etc.

También cabe afirmar que, en bastantes ocasiones, el texto o norma que vincula las políticas de igualdad y no discriminación y la RSE utiliza términos bastante genéricos, a pesar de la larga tradición jurídica existente, a nivel europeo, en torno a estas cuestiones. Y también cabe apuntar que, en algunas ocasiones, se olvida que la RSE implica siempre ir más allá de lo que resulta obligatorio por Ley o convenio colectivo y que, en consecuencia, el mero cumplimiento de lo previsto en aquéllos no constituye un comportamiento socialmente responsable en sentido propio sino el simple cumplimiento de la legalidad vigente.

Y, en fin, si bien una empresa o entidad, para ser socialmente responsable deberá ir más allá de lo exigible legalmente en las cuestiones vinculadas con la igualdad y no discriminación, también deberá hacerlo en el resto de materias que conforman la RSE, optando, en definitiva, por un nuevo (y verdadero) modelo de gestión que integre, en el proceso de toma de decisión de los temas estratégicos y operativos, los impactos económicos, sociales y ambientales¹.

En efecto, esa relación entre RSE y políticas de igualdad y no discriminación aparece reflejada, a nivel europeo, en dos documentos: El Libro Verde de la Comisión Europea de 18 de julio de 2001 sobre *"Fomentar un marco europeo para la RSE"* y la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2002 relativa a la *"RSE: una contribución empresarial al desarrollo sostenible"*, mientras que, a nivel estatal, se recoge en el Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados para potenciar y promover la RSE de 2006 y en el documento del Ministerio de Trabajo sobre *"La RSE y el Diálogo Social"*. A nivel autonómico cabe citar la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (artículos 11 y 13 a 15) y la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sobre promoción de la igualdad de género en Andalucía (artículo 34).

Pero junto a lo anterior, cabe tener muy presente que esa vinculación entre RSE e igualdad se refleja especialmente y en el marco de una norma directamente aplicable, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres: una vía de promoción de la RSE.

En efecto, en el artículo 73 de la citada Ley Orgánica 3/2007, integrado en el Título VII denominado *"La igualdad en la responsabilidad social de las empresas"* se prevé que: *"Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social. La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres*

¹ Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados para potenciar y promover la RSE, 2006.



y hombres y los Organismos de Igualdad. Se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con los mismos. A las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral.

Por su parte, el artículo 74 dispone que: *“Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. El Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa”.* Y junto a ello, el artículo 75 afirma que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de 8 años a partir de la entrada en vigor de la Ley.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1ª) La trascendencia de este Título VII de la Ley Orgánica 3/2007 y de la propia Ley en sí es doble: a) por un lado, por recoger y visualizar en un texto legal la vinculación existente entre RSE e igualdad; y, por otro, por promocionar claramente dicha interrelación recogiendo ejemplos, de diversa naturaleza e intensidad, de cómo puede ponerse en práctica la RSE en el marco de la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Probablemente ello se debe al convencimiento de que las políticas de RSE pueden actuar como un nuevo instrumento en la difícil y lenta consecución de esa igualdad de trato en las empresas e instituciones.

2ª) El artículo 73 de la Ley Orgánica recuerda que las empresas pueden asumir la *“realización voluntaria”* (voluntariedad intrínseca a la propia RSE) de acciones de RSE destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social: es importante destacar que, en la línea de lo que cabe considerar precisamente como RSE, se identifica a la empresa como agente que puede actuar en materia de igualdad no sólo a nivel interno también en el seno de la comunidad en la que se inserta. En efecto, en este último ámbito se está promocionando la idea de que las empresas se impliquen en la consecución de la igualdad de trato en su comunidad local, a través de la colaboración con las asociaciones u organismos implicados en dicha tarea.

Respecto al tipo de medidas que pueden asumir las empresas, el artículo 73 adopta una posición genérica al referirse, sin más matices, a medidas económicas (cabe entender, subvenciones, ayudas económicas.. tanto a favor de sus empleados <en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, por ejemplo> como de la comunidad local de la que forma parte la empresa), comerciales (compra de productos o servicios a empresas que, a su vez, sean socialmente responsables y que promuevan la igualdad de trato, compra de productos de comercio justo..), laborales (mejorando lo previsto en la legislación vigente, adoptando medidas de acción positiva..), asistenciales (estableciendo servicios asistenciales tanto a favor de sus propios empleados como de la población de la comunidad local <por ejemplo, guarderías, centros de día para personas dependientes..>) o de otra naturaleza. La decisión concreta, pues, se deja en manos de las propias empresas, y su alcance dependerá de diversos factores, tanto económicos como estratégicos.

También se afirma, con una redacción un tanto ambigua, que la realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, las organizaciones de consumidores y usuarios, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los organismos de igualdad. Asimismo, se señala que se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con ellos.

De ello cabe deducir lo siguiente: es necesario distinguir, tal y como hacíamos anteriormente, dos planos, el interno de la empresa y el vinculado con la promoción de la igualdad en la comunidad local donde está ubicada la empresa. En el primer plano resultaría incluso contradictorio con la propia RSE –al constituir uno de sus contenidos, la promoción de las vías de información, consulta y participación de los trabajadores- concertar las medidas a aplicar con las organizaciones de consumidores y usuarios o las asociaciones de defensa de la igualdad de trato y no con los representantes de los trabajadores. Por ello, cabe entender que en el espacio interno las medidas de RSE destinadas a fomentar la igualdad de trato entre mujeres y hombres podrán concertarse con la representación de los trabajadores, y en el plano externo se contará con las organizaciones de consumidores y usuarios, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los correspondientes organismos de igualdad (se echan en falta, no obstante, las organizaciones no gubernamentales implicadas en la igualdad de trato).



No obstante, surge la duda de si este artículo 73 impone, en el plano interno empresarial, concertar necesariamente las medidas de RSE en materia de igualdad con los representantes de los trabajadores, lo que excluiría una actuación unilateral por parte de la empresa. A nuestro entender, si bien, como apuntábamos, uno de los contenidos de la RSE es precisamente promover la participación de los trabajadores en la gestión empresarial, el citado artículo 73 no realiza tal imposición –recomienda contar con los representantes de los trabajadores pero no obliga a ello–, por un doble motivo: el texto del precepto se refiere expresamente a que la realización de las acciones de RSE *“podrá ser concertada”* con la representación de los trabajadores no que *“deberá ser concertada”*, a lo que añade que se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con ellos (dentro de las que cabe incluir tanto las externas a la empresa y referidas a la comunidad local como las internas que no se han acordado con ellos).

3ª) Con el objetivo de animar a las empresas a adoptar medidas de RSE, el artículo 74, siguiendo una idea ya puesta en práctica, prevé que las empresas pueden hacer uso publicitario de sus acciones de RSE en materia de igualdad, si bien el Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, están legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideran que existe publicidad engañosa. En este punto no cabe olvidar que, principalmente en el caso de grandes empresas, el uso publicitario de la política de RSE puede ser especialmente rentable y llegar a constituir una ventaja competitiva, máxime cuanto mayor vaya haciéndose el conocimiento por parte de los consumidores y usuarios de lo que implica ser socialmente responsable. No obstante, hoy día es fácil constatar que no todas las empresas que pueden aparecer publicitariamente como socialmente responsables lo son de verdad, por lo que la referencia a la publicidad engañosa resulta muy útil como aviso o advertencia. Cabe esperar, asimismo, que tanto el Instituto de la Mujer como los correspondientes organismos autonómicos ejerzan, en la práctica, la citada acción de cesación.

4ª) El artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, constituye un ejemplo de medida de RSE en materia de igualdad en determinados tipos de empresas, previéndose que las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviadas procuren incluir en su consejo de administración, en un plazo de 8 años, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de hombres y mujeres. En este punto cabe recordar que la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas Ibex 25 no supera el 2%.



Y, 5ª) También cabe tener presente que si bien en los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica se establece esa vinculación expresa entre RSE e igualdad, existen otros preceptos de la Ley que también responden a esa misma filosofía, identificando y promocionando diversas vías dirigidas a que las empresas vayan más allá, en materia de igualdad, de lo exigido legalmente. En este ámbito cabe destacar lo siguiente:

- La previsión del posible establecimiento de planes de igualdad en las empresas que no están obligadas a ello, previa consulta a la representación de los trabajadores (artículo 45.5). Implantar dichos planes de igualdad –cuando, lógicamente, su contenido fuera más allá de lo exigido legalmente- constituiría una medida de RSE.

En este ámbito y con el objetivo precisamente de incentivar esta medida de RSE, el artículo 49 de la Ley señala que el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las PYMES, que incluirán el apoyo técnico necesario. Se trata de un nuevo ejemplo de la vinculación que se establece entre las políticas públicas de fomento y la RSE en materia de igualdad.

- El artículo 44 de la Ley manifiesta que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Existe aquí, sin duda, un margen para un comportamiento socialmente responsable por parte de las empresas, mejorando lo previsto en la normativa vigente y, a la vez, reconduciendo dichas mejoras hacia la corresponsabilidad frente a las obligaciones familiares.

- La referencia, recogida en el artículo 43, a que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. Se está promocionando que las empresas, en el marco de sus políticas de RSE, se planteen negociar colectivamente esas medidas de acción de positiva y, una vez negociadas, dejarán de ser RSE para convertirse en un contenido obligatorio más de los previstos en el correspondiente convenio colectivo.

- El artículo 50 de la Ley, donde se prevé que el Ministerio de Trabajo creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen



por la aplicación de las políticas de igualdad de trato y de oportunidades, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados². Asimismo, para la concesión del distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. Y como medida de garantía de eficacia, el Ministerio de Trabajo controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.

Nuevamente y tal y como vimos anteriormente al referirnos a lo previsto en el artículo 74 de la Ley, el contar con este distintivo puede constituir, cada vez más, una ventaja comercial para las empresas, pero su concesión tiene que estar condicionada a que se trate de una empresa que verdaderamente sea socialmente responsable en materia de igualdad –y en otros ámbitos, conforme a la visión integral que comporta la RSE-, lo que implica –queremos insistir nuevamente en ello- ir más allá de lo previsto en las normas y, además, mantener dicha actuación en el tiempo, implantando medidas con vocación de permanencia.

- También cabe citar los artículos 33 y 34 de la Ley donde se recoge la posibilidad de que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, establezcan condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público. Como veremos más adelante, ésta constituye una forma importante de incentivar que las empresas sean socialmente responsables en materia de igualdad.

.....
² Se añade que: "Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas".

- Y a todo ello cabe añadir el artículo 35 de la Ley donde se establece que las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de RSE, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad. No hay duda que, en los ámbitos citados por la propia Ley, esta medida pretende promocionar conductas socialmente responsables.

En definitiva, hasta el momento la Ley Orgánica 3/2007 constituye, de forma explícita e implícita, la mayor apuesta en la línea de considerar que RSE e igualdad de trato entre hombres y mujeres están interrelacionadas y que la RSE puede insuflar nuevos bríos en la consecución real y efectiva de aquélla.

Vías para conseguir que la RSE actúe como un nuevo instrumento para lograr una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Una vez constatada la interrelación que se está estableciendo entre RSE y políticas de igualdad así como el surgimiento de la idea de que la RSE puede ser un nuevo instrumento para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cabe preguntarse cómo se está incentivando que las empresas sean socialmente responsables en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

En este ámbito se han propuesto o adoptado, hasta el momento, cuatro vías.

La primera de ellas, ya vista al tratar de la Ley Orgánica 3/2007, se centra en admitir expresamente que las empresas puedan hacer un uso publicitario de sus acciones de RSE en materia de igualdad, con las ventajas comerciales que ello pueda comportarles. Si bien también se recoge un necesario control por parte de las instituciones públicas con el objetivo de evitar la publicidad engañosa.

En relación con las consecuencias que puede implicar para una empresa presentarse públicamente como socialmente responsable o realizar manifestaciones corporativas en torno a su compromiso con la RSE, cabe citar



la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona de 30 de julio de 2007, donde, entre los argumentos que se utilizan para declarar la existencia de una discriminación en el marco de la promoción profesional, se señala que: *“... a pesar, de que cada vez son más frecuentes las manifestaciones corporativas en relación con su compromiso con la llamada responsabilidad social de las empresas, que incluye la lucha contra la desigualdad de género y hasta el interés por la paridad; la empresa demandada, por el contrario, basa su justificación para que su práctica de la promoción conduzca a una gran desigualdad de género, precisamente, en las cargas familiares y las labores de la casa que soporta la mujer; lo que encierra –objetivamente– en sí misma, ya, una discriminación indirecta, limitado el ejercicio de un derecho de las trabajadoras consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución por sus responsabilidades familiares e infringiendo el artículo 14 de la Constitución, no sólo por discriminación de género, sino por la condición social de la mujer...”* Es decir, las manifestaciones de la empresa sobre su compromiso con la RSE se convierten en un argumento para exigirle, incluso judicialmente, que efectivamente lo sea.

La segunda vía se centra en la posibilidad de establecer bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social así como en la necesidad de promover un marco fiscal favorable para las empresas implicadas en la RSE³. En este ámbito cabe destacar una cuestión importante: como es fácil apreciar, esas bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social e incentivos fiscales ya existen actualmente –y desde hace bastantes años– en el marco laboral y se vinculan a colectivos como las mujeres, las personas con discapacidad o los trabajadores mayores de una determinada edad. La novedad está, no obstante, en que se pretende ir más allá, ya que lo que se propone es incentivar otras medidas distintas de la mera contratación de colectivos que tienen dificultades en el acceso al mercado de trabajo.

.....
 3 A este respecto en el Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados sobre RSE se afirma que: *“... las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, creadas en 1998 para favorecer la integración de las personas con más dificultades, o menos representadas en el mercado laboral, entre ellas las mujeres víctimas de violencia doméstica, las personas con discapacidad, los jóvenes, las mujeres tras la maternidad, la conversión de contratos temporales en fijos, los parados de larga duración y otros, han mostrado una alta efectividad...”*, añadiéndose también que *“... en materia de empleo para personas con discapacidad, y junto con las obligaciones legales marcadas en la LISMI, y que hoy siguen sin cumplirse, es necesario recordar la necesidad de impulsar a través de las correspondientes deducciones en el Impuesto de Sociedades la bonificación a la contratación de personas con discapacidad...”* Y todavía con mayor claridad, se apunta que: *“... las empresas que incorporen a su gestión criterios de RSE e informen sobre ellos en base a indicadores tanto ambientales como sociales y acrediten su realización, deberían poder beneficiarse de un tratamiento fiscal más favorable...”*

Es decir, se propone utilizar las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social y los beneficios fiscales para incentivar que las empresas sean socialmente responsables en cualquier materia laboral (calidad en el empleo, medidas de igualdad de oportunidades, promoción y formación, condiciones de trabajo, conciliación de la vida laboral y familiar, seguridad y salud laboral, participación de los trabajadores, gestión responsable de las crisis empresariales...).

La tercera vía, en la misma línea anterior, consiste en incentivar económicamente, dentro del marco de las políticas públicas de promoción y fomento, las actuaciones de RSE en materia de igualdad. En este sentido, cabe destacar que algunas Comunidades Autónomas⁴ ya están concediendo ayudas económicas y subvenciones a las empresas para que adopten medidas de RSE en materia de igualdad. Resulta discutible, no obstante, que el contenido de esas normas resulta muy genérico sin que se incluyan indicadores que garanticen que la empresa que recibe la ayuda es, de verdad, socialmente responsable en cuestiones de igualdad. Tampoco se prevé –a pesar de resultar necesarios– mecanismos de control por parte de los poderes públicos dirigidos a constatar que efectivamente la empresa que recibe el incentivo cumple y mantiene en el tiempo los parámetros de la RSE. Y, en fin, también cabe tener presente que esta tercera vía, como la segunda, no sólo podría aplicarse en el marco de las políticas de igualdad sino que también podría trasladarse al resto de los contenidos de lo que constituye la perspectiva laboral de la RSE.

Y a todo ello cabe añadir, desde la perspectiva estatal, lo previsto, como vimos anteriormente, en el artículo 35 de la Ley Orgánica 3/2007, donde se prevé que las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de

.....
 4 Ley 11/2007, de 27 de julio, de Galicia, sobre normas reguladoras de prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (artículo 36); Acuerdo del Consejo de Dirección del Instituto Gallego de Promoción Económica (Igapre) que aprueba las bases reguladoras de los incentivos económicos del Igapre y procede a la convocatoria de determinadas líneas de ayuda; Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones de 2002. También se han adoptado medidas de este tipo en Catalunya.



conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de RSE, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad. En la misma línea, el artículo 13.1 de la Ley 12/2007, de Andalucía, establece que la Junta de Andalucía incorporará a las bases reguladoras de las subvenciones públicas la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad de género por parte de las entidades solicitantes, salvo en aquellos casos en que, por la naturaleza de la subvención o de las entidades solicitantes, esté justificada su no incorporación⁵.

Como reflexión conjunta respecto de la segunda y tercera vías cabe preguntarse si resulta conveniente utilizar las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social, los incentivos fiscales y las subvenciones y ayudas públicas para incentivar que las empresas sean socialmente responsables, o si éstas deben serlo exclusivamente porque están convencidas de ello, porque la RSE representa el nuevo modelo de empresa o por las ventajas competitivas que puedan alcanzar en el mercado. A nuestro entender, resulta discutible la utilización de fondos públicos para incentivar económicamente, con carácter general, la RSE. Sólo cabría recurrir a dichas medidas cuando esté verdaderamente justificado –fomento de la contratación de colectivos desfavorecidos, por ejemplo–, estableciendo indicadores concretos que permitan valorar la efectividad de la medida (exigiendo, por tanto, el cumplimiento de determinados y concretos objetivos por parte de las empresas beneficiarias de las ayudas) y fijando los controles necesarios para poder evaluar su impacto real.

La última vía consiste en utilizar la contratación pública para fomentar la RSE en materia de políticas de igualdad. Posibilidad que aparece recogida en algunos textos comunitarios y expresamente, como ya apuntamos páginas atrás, en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 3/2007. En el primero de ellos se señala que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público. En el segundo se afirma, en el marco de la Administración General del Estado, que: *“anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad*

.....
⁵ Añadiéndose que: “La Administración de la Junta de Andalucía no formalizará contratos, ni subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente”.

en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público⁶. ... Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la ejecución de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación..”

Con una mayor contundencia, incluso, se manifiesta la Ley 2/2007 de Galicia, al señalar en sus artículos 11.4 y 19.2 que las empresas que hayan implantado un plan de igualdad u obtengan la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad⁷ tendrán preferencia en la adjudicación de los contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia, siempre que las proposiciones presentadas iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación. A esos efectos, los órganos de contratación advertirán de esa preferencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aunque la ausencia de advertencia no privará del derecho a la preferencia en la adjudicación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrirse. Asimismo, si la empresa hubiera hecho uso de esta preferencia, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación, que, si el contrato resultara de ejecución sucesiva, será igual a su duración temporal.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 12/2007, de Andalucía, señala que la Administración de la Junta de Andalucía, a través de sus órganos de contratación, podrá establecer condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebren, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Dichos órganos de contratación señalarán, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la marca de excelencia o desarrollen medidas

⁶ Añadiéndose que: “en el acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.”

⁷ Marca de Excelencia regulada en los artículos 16 a 20 de la Ley 2/2007.



destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, y las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan⁸.

En la misma línea se sitúa la propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, donde se establece expresamente que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1 de la Ley, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e) de la Ley.

Y, en fin, la reciente Proposición no de Ley sobre la RSE presentada en el Congreso de los Diputados⁹ por el Grupo parlamentario socialista recoge como uno de sus objetivos la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos.

En definitiva, en estos momentos, tanto a nivel estatal como autonómico existen leyes que contemplan y promocionan la posibilidad, con los lími-

.....
8 Añadiéndose a ello que: "La Administración de la Junta de Andalucía no formalizará contratos, ni subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente".

9 Boletín del Congreso de los Diputados, 20-2-2009.

tes exigibles en un sistema de contratación pública, de dar preferencia a la hora de realizar contratos por parte de las Administraciones Públicas a aquellas empresas que adopten medidas de RSE en el campo de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A nuestro entender, teniendo en cuenta el elevado volumen de contratación pública existente tanto a nivel estatal como autonómico y local es ésta la mejor vía para fomentar la interrelación entre RSE y políticas de igualdad.

Para concluir cabe señalar que el interrogante que surge para los próximos años es constatar si la interrelación que, como hemos visto, se ha establecido –y se promociona por las Administraciones Públicas– entre RSE e igualdad de trato entre hombres y mujeres va a conseguir avances reales en esta materia. Tendremos que ser optimistas al respecto.



LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS: HACIA UN INSTRUMENTO DE APLICACIÓN Y TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD SUSTANTIVA

*Lorena Garrido Jiménez
Investigadora del Grupo Antígona
Universitat Autònoma de Barcelona*

La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH).

La LOIMH viene a desarrollar el derecho a la igualdad efectiva, consagrado en el art. 14 de la Constitución Española (CE) y vinculado al art.9.2 del mismo texto, intentando profundizar este derecho más allá de las conceptualizaciones de igualdad de oportunidades y de trato. Destaca en su propia exposición de motivos la ineficacia de la igualdad formal para erradicar la discriminación que sufrimos las mujeres. Por ello, la LOIMH plantea como objetivo la consecución de la igualdad efectiva, en concordancia terminológica con el Art. 9.2 de la CE.

La LOIMH constituye el primer gran desarrollo normativo del derecho a la igualdad de mujeres y hombres, tras treinta años de la consagración del texto constitucional. Su regulación a través de una normativa de carácter orgánico viene dada por la propia naturaleza de la igualdad como derecho fundamental y principio general de derecho.

Es muy ilustrativo el lento camino, para incorporar casi dos siglos después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹, esta incipiente revolución en el modelo de ciudadanía, que por ahora es un camino lleno de desigualdades y trampas. Una incorporación a los derechos políticos, sociales y económicos, en el ámbito público, pero sin una redistribución de las responsabilidades en el ámbito privado. Lo anterior también pone de manifiesto la trampa del tratamiento del derecho a la igualdad como un derecho vincu-

.....
1 En el Art. 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (Francia, 1789) se estableció que: "Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común". Igualmente el Artículo 6 del citado texto señaló que: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento".

lado a las posibilidades nacidas del crecimiento económico de los Estados, olvidando que se trata de un de los derechos que forma y constituye un Estado de Derecho democrático. Es un error, que Ferrajoli sitúa en la confusión entre la igualdad en su aspecto normativo y la igualdad en los hechos.

Si bien la igualdad se plantea como un principio inspirador desde la época de la Ilustración, su conceptualización viene dada por y para el ciudadano de la época, es decir, hombre, occidental y propietario², y aún nos encontramos con una ciudadanía incompleta e imperfecta para las mujeres, cuya lucha por su plenitud, o al menos su equiparación a la masculina, se desarrolla en paralelo a la instauración en Europa de los Estados de Bienestar, tras las Guerras mundiales.

La igualdad es un Derecho Fundamental que recibe consagración positiva en el ordenamiento jurídico. Es más, se trata de un principio informador de todo el ordenamiento jurídico. Así, en el ámbito jurisdiccional, podemos señalar una favorable evolución jurisprudencial en la relación del derecho a la igualdad y su mandato no discriminatorio con el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud del requerimiento de un canon reforzado del derecho a la igualdad y no discriminación, especialmente por razón de sexo³. En este sentido, las resoluciones judiciales en que se alegue vulneración del derecho a la igualdad, al existir una discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), deben además velar por no incumplir el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, constituyendo doctrina consolidada que las exigencias de un derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, “más reforzadas”⁴.

.....
 2 La concepción masculina de la Ilustración tuvo celebres aunque no tan difundidas retractoras. Así, Olimpia de Gougues y Mary Wollstonecraft hicieron sendas críticas a los filósofos de la época, ante la exclusión de las mujeres del concepto de ciudadanía, que más bien de ciudadano, que se instauraba. Otra proclamación temprana sobre los derechos de las mujeres fue la Declaración de Séneca Falls (Nueva York), escrita en 1848, tras la celebración en este lugar de la primera convención sobre los derechos de la mujer en Estados Unidos. Organizada por Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton. El resultado fue la publicación de la “Declaración de Seneca Falls” (o “Declaración de sentimientos”, como ellas la llamaron), un documento basado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en el que denunciaban las restricciones, sobre todo políticas, a las que estaban sometidas las mujeres: no poder votar, ni presentarse a elecciones, ni ocupar cargos públicos, ni afiliarse a organizaciones políticas o asistir a reuniones políticas. De hecho, esta declaración establece que las mujeres y los hombres, al haber sido creados como iguales, tienen igual derecho a disfrutar del derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Declaración completa en <http://www.nps.gov/wori/historyculture/declaration-of-sentiments.htm>.

3 STC 92/2008, de 21 de julio FJ 6; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 5; 203/2002 de 28 de octubre FJ 3
 4 STC 196/2005 de 18 de julio, FJ 3; 28/2005 de 14 de febrero, FJ 3; 112/2004 de 12 de julio FJ 4



En el ámbito internacional, deben señalarse como hitos en la consolidación jurídica internacional de los derechos de las mujeres dentro de la categoría de Derechos Humanos, la Conferencia Mundial de Beijing y la existencia de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

Tal como señala Facio (2008:27) la igualdad sustantiva que incorpora a la CEDAW, no consiste en simplemente igualar a las mujeres con los hombres de manera formal o de manera de conceder siempre y en cada caso idénticos derechos. Se trata de “una igualdad en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas”. Para la consecución de la igualdad sustantiva se debe conjuntamente lograr la igualdad de oportunidades, la igualdad en el acceso a las oportunidades y la igualdad de resultados. Esto implica que en algunas ocasiones, dependiendo del impacto de los factores biológicos y sociales, las mujeres tendrán que ser tratadas idénticamente a los hombres y en otras ocasiones se tendrá que tratar a hombres y mujeres de forma distinta, a veces, otorgando ciertas “ventajas” a las mujeres para corregir la histórica desigualdad padecida por las mujeres, a través de instrumentos temporales y proporcionales, como son las acciones positivas. Sin embargo, la mayoría de las veces, el camino para conseguir la igualdad sustantiva tendrá que realizarse a través del rediseño de las políticas públicas, las leyes, las instituciones, etc. para que el estándar en todas ellas no sea el hombre blanco, adinerado, adulto y propietario (ideario instaurado con la Ilustración), sino un estándar más inclusivo de la diversidad humana.

Pateman (2005), nos plantea que la ficción del contrato social esconde el hecho de que la esfera pública se construye sobre una determinada idea o concepción de la esfera privada, que además requiere de una existencia previa a la esfera pública. Esta parte de la historia es la historia que la autora denomina “Contrato sexual”, por el cual los hombres pactan la sumisión de las mujeres y su exclusión de la vida pública⁵.

La LOIMH pone como paradigma el modelo de igualdad efectiva el Art. 9.2CE que establece como obligación de los poderes públicos: “*promover las condiciones para que la **libertad y la igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean **reales y efectivas***”.

.....
5 La autora visualiza que en la sociedad están garantizadas tanto la libertad de los hombres como la sujeción de las mujeres. Los hombres, entendidos “por naturaleza” libres e iguales, pueden pactar el gobierno de unos sobre otros. Las mujeres, “por naturaleza” estarían sometidas a los hombres, señalando que dominio patriarcal no requiere de ninguna justificación.

La LOIMH busca una terminología en la Carta Magna, a fin de evitar cuestiones de inconstitucionalidad que igualmente han sido interpuestas frente a esta ley y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ha sido el Tribunal Constitucional quien ha debido reiterar la plena constitucionalidad de las acciones positivas, siempre que sean fundamentadas, razonables y proporcionadas. Pero otra vez parece que las mujeres debemos pedir disculpas (y sentir culpa) por la existencia de medidas reparadoras de una desigualdad y discriminación previa, que de tan arraigada algunos discursos hacen pensar que es la “normalidad” y que con las acciones positivas se estaría “discriminando” a quienes han al menos disfrutado de las consecuencias de la desigualdad de género.

Resulta esencial hoy en día una determinación del concepto de igualdad (sustantiva, efectiva, de trato, de oportunidades), así como de la terminología absolutamente vinculada al derecho a la igualdad, tal como discriminación, acción positiva y equidad. Asimismo es imprescindible verificar si el contenido esencial del derecho es recogido en los instrumentos que pretenden desarrollarlo, en este caso, los planes de igualdad en las empresas.

En primer lugar, hemos de descartar la utilización de equidad, pues es un término nacido desde la economía que en ningún caso plantea una equiparación, sino sólo una redistribución de derechos. Aquí, creo que en términos generales, y específicamente en los planes de igualdad, debemos luchar por el reconocimiento y conjuntamente una redistribución de los derechos de las mujeres, como lo plantea Nancy Fraser.¹

La igualdad sustantiva se refiere precisamente a la igualdad en derechos. Es decir, la igualdad substantiva, según las palabras Ferrajoli (1999: 82), que podemos definir como “la idéntica titularidad, protección y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los y las titulares somos entre sí diferentes”.

La igualdad sustantiva comprende la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, pero conlleva un paso más allá, que comprende tanto el análisis en el resultado de la aplicación y desarrollo de las políticas de igualdad, así como la responsabilidad Estatal, conforme a lo previsto en la CEDAW.

Planes de Igualdad: Concepto y contenidos.

Una de las innovaciones de la LOIMH es la incorporación de un instrumento vinculado a las relaciones laborales en el ámbito privado, que compren-



de una regulación transversal y la aplicación de la perspectiva de género a todos los aspectos del marco laboral de las personas trabajadoras.

La LOIMH, en su artículo 46, bajo el título de Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas, lo define como un “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendientes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo; los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y las prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.”

Dicha definición debe ser vinculada necesariamente con el artículo 45.1 de la LOIMH, cuando al regular la elaboración y aplicación de los planes de igualdad, establece que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, y que es con esta finalidad con la que se deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación. Creo que debiera señalarse que el respeto a la igualdad de trato y de oportunidades constituye en realidad el medio a través del cual la Ley prevé se debe encaminar la acción empresarial hacia una consecución de la igualdad sustancial.

Este texto quiere hacer un acercamiento crítico sobre la adecuación legal y conceptual del contenido de los Planes de Igualdad en las empresas, en todos los ámbitos que la Ley en su artículo 46 ha establecido que deben contemplar “entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.”

La LOIMH introduce este nuevo tipo documento como una de las mayores novedades de los aspectos laborales de la LOIMH, que:

- En algunos casos, según veremos más adelante, es de obligatoria negociación, pero que al entrar en el ámbito de los mínimos que el Estado regula en el ámbito laboral, ha decidido delimitar los aspectos sobre los cuales debe versar, siempre en el marco constitucional del principio de igualdad y prohibición de cualquier tipo de discriminación, pero dejando su contenido al ámbito de los pactos entre empresa y personas trabajadoras.



- Una vez suscrito, es fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre las personas trabajadoras y la empresa, como partes negociadoras e involucradas. Por tanto, pasa a formar parte del estatuto contractual-laboral de ambos entes.

La LOIMH deja la obligación de elaboración del Plan de igualdad a la empresa, señalando su deber de negociarlo con la representación de las personas trabajadoras. Esta falta de obligatoriedad en la implantación del Plan de Igualdad ha tenido la consecuencia práctica de que a más de un año desde la vigencia de la Ley Orgánica, han sido suscritos muy pocos planes de igualdad en las empresas, incluso por las legalmente obligadas.

Lamentablemente, el desarrollo e implementación de esta Ley no ha tenido las consecuencias esperadas tanto en el número de Planes de Igualdad ni en el contenido de dichos Planes.

La LOIMH incorporó la obligatoriedad de los Planes de Igualdad, pero dejó ciertos vacíos normativos que aún no han sido complementados reglamentariamente. A saber:

- i) Un análisis literal nos llega a concluir que no establece la obligatoriedad de implementar Planes de Igualdad en el caso de empresas de más de 250 personas trabajadoras, sino sólo de “negociarlos”.
- ii) No se establecieron plazos perentorios para su negociación ni menos para su implementación.
- iii) Se estableció la existencia de un distintivo empresarial en materia de igualdad, que debe ser establecido por el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (hoy Ministerio de Asuntos Sociales e Inmigración) que aún no se ha instaurado ni desarrollado reglamentariamente.
- iv) El apoyo para la implementación voluntaria de planes de Igualdad a través del Gobierno y de las respectivas Comunidades Autónomas, debido a la falta de obligatoriedad de implementación de los planes de igualdad, ha sido pospuesta por ayudas a las propias empresas supuestamente obligadas, con el fin de implementar Comisiones de Igualdad y absorber los costos económicos de la elaboración del Plan.

El ámbito de la Negociación Colectiva, al momento de publicarse la LOIMH, no fue visto como una novedad normativa que promocionara y garantizara el derecho a la igualdad en el ámbito laboral. Sin embargo, una in-



interpretación del Artículo 43 que, establece la *promoción de la igualdad en la negociación colectiva, estableciendo que los Convenios Colectivos* podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, ha llevado desarrollar los planes de igualdad en la negociación colectiva. Recordemos que en el ámbito de la Negociación Colectiva sí existe un plazo de implementación lega, a saber, la denuncia de cada convenio colectivo tras la publicación de LOIMH (23 de marzo de 2007).

Lo anterior ha producido que la labor sindical haya estado encaminada a un aspecto más cualitativo de la obligación del respeto a la igualdad de trato y oportunidades de la empresa y a la suscripción de una verdadera obligación de implementación de un plan de igualdad a través de los Convenios Colectivos.

Otro aspecto que ha incidido en el desarrollo de la implementación de los Planes de Igualdad es su obligatoriedad desde un punto de vista más cualitativo: la obligatoriedad como consecuencia de la interposición de una sanción por incumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la prohibición de cualquier discriminación por razón de género, enmarcado en un proceso sancionatorio consagrado en las modificaciones a la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), con la nueva redacción que le da la Disposición adicional decimo cuarta de la LOIMH⁶.

Los Planes de Igualdad firmados tras la LOIMH.

La Ley entró en vigor en marzo de 2007 y ese mismo año se firmaron tres planes de empresa: RURAL SERVICIOS INFORMÁTICOS; BANCO SANTANDER y BANESTO, debiéndose la prontitud de estos acuerdos, en buena medida, a que eran empresas que contaban con pactos previos sobre igualdad de oportunidades.

.....
6 El nuevo redactado del Art.46 de la Ley Lisos establece responsabilidades específicas de las empresas, que en caso de incumplimiento de obligaciones en materia de igualdad, contemplan graves sanciones, que pueden llegar a:

- a) La pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;
- b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.

De los firmados en los primeros meses de 2008, dos corresponden a empresas de ámbito estatal, MUTUALIA, que comparte con las anteriores la anticipación voluntaria, y EL CORTE INGLÉS, donde la negociación se inició hace más de dos años en respuesta a las resoluciones de las inspecciones de trabajo instó a la empresa a la adopción de medidas para su corrección, tras comprobar las denuncias de las secciones sindicales de CCOO por discriminación hacia las mujeres.

De las empresas que optaron por iniciar la negociación nada más aprobarse la ley de igualdad destacan tres planes de igualdad que corresponden a dos empresas con convenio colectivo propio: ELCOGÁS, que con menos de 250 personas de plantilla no estaba legalmente obligada a ello; ENDESA y Repsol, empresas que, tras negociar el plan simultáneamente al convenio, lo ha incluido en el texto del mismo; y PLATAFORMA EUROPA, del Grupo Inditex. Algunos casos, como Santander, Banesto y Rural Servicios Informáticos han cumplido un año desde la suscripción de un Plan de Igualdad, por lo que se debe hacer un seguimiento a los procedimientos de evaluación de los mismos.

También debemos señalar a BBK (Segundo Plan de Igualdad 2008-2012), MUTUALIA, RURAL SISTEMAS INFORMÁTICOS (RSI), Pelayo y FCC. Prácticamente todos incluyen declaraciones de principios; medidas para la prevención y/o tratamiento del acoso sexual y del acoso por razón de sexo; regulación de los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género; medidas de conciliación; y alguna medida de información, comunicación y/o sensibilización. Las carencias más significativas se refieren a la falta de objetivos concretos que impliquen un compromiso medible y evaluable para, por ejemplo, atajar las diferencias salariales entre sexos, romper la segregación ocupacional, incentivar la contratación, promoción y formación de trabajadores, etc. Y, por otra parte, tampoco suelen incluir un calendario de desarrollo de las medidas pactadas.

Numerosas empresas se encuentran en fase de diagnóstico de la situación, paso previo a la elaboración del plan de igualdad empresas².

Hoy en día, aun no superan la veintena los Planes de Igualdad de empresas de más de 250 personas trabajadoras, lo que a dos años de la implantación de la Ley es un desarrollo escaso.

Conclusiones

Por tanto, la implementación de los Planes de Igualdad constituye un instrumento de especial relevancia para poder tutelar el efectivo cumpli-



miento de una igualdad efectiva y además compleja, más allá de la igualdad formal de las mujeres que participan del mundo laboral asalariado. Además su implantación abre la posibilidad de reconstruir las relaciones laborales y realizar una labor de vigilancia del cumplimiento de la igualdad en el ámbito laboral.

La empresa deja de ser un espacio privado. El derecho a la igualdad y la prohibición de todo tipo de discriminación, en especial por razón de género, puede ser exigida en todos los ámbitos que, tal como mínimo establece la LOIMH, a saber, el acceso al empleo, la promoción, la remuneración, la formación, el uso no sexista del lenguaje y la imagen de la empresa, el acoso sexual y por razón de género y las medidas para las mujeres que sufren violencia de género.

En nuestro ordenamiento, podemos señalar que la interacción de los artículos 1º, 9.2 y artículo 14 de la CE dan cuenta de la naturaleza plural del principio de igualdad, que supone un desarrollo y un enriquecimiento del principio igualitario, al poner en relación la norma con la realidad, que es justamente lo que hace el concepto de igualdad sustantiva.

La igualdad sustantiva requiere la responsabilidad estatal y la ausencia de todo tipo de discriminación. Por ello, suscribimos que la LOIMH equipara el concepto de igualdad efectiva con el de igualdad sustantiva, pero prefiriendo la terminología propia de su Carta Magna, que hace referencia a la efectividad de los derechos fundamentales en su Art. 9.2 CE.

La conceptualización del derecho a la igualdad efectiva debe ser vinculada necesariamente con el artículo 45.1 de la LOIMH, que al regular la elaboración y aplicación de los planes de igualdad, establece que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, y que es con esta finalidad con la que se deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación. Creo que debiera señalarse que el respeto a la igualdad de trato y de oportunidades constituye en realidad el medio a través del cual la Ley prevé que se debe encaminar la acción empresarial hacia una consecución de la igualdad sustantiva. Si no se incorporan los conceptos de subordinación, en el marco de la opresión (Young, 2000:21), los conceptos de igualdad de trato y de oportunidades devienen insuficientes para la construcción de una igualdad sustantiva.

Podemos señalar que el objetivo de la igualdad real, sustantiva o efectiva en la terminología de la LOIMH se diluye, utilizando para la denominación del capítulo IV de la LOIMH, el concepto de igualdad de oportunidades,

ya criticado especialmente desde la perspectiva de Iris Marion Young, por su especial limitación e ineficacia desde una política distributiva, que no logra plantear respuestas acorde a una reivindicación de un derecho a la igualdad efectiva.

Podemos resumir algunas de las cuestiones que han frenado de manera relevante el desarrollo esperado de los Planes de Igualdad, y por tanto, han mermado su capacidad como un instrumento de tutela efectiva del derecho a la igualdad real y efectiva que consagra la CE y la LOIMH:

- 1.- La LOIMH no estableció la obligación de implementar los Planes de Igualdad en las empresas, quedando reducida la nueva obligación a su negociación.
- 2.- La LOIMH no fijó plazos para la implantación de los Planes de Igualdad.
- 3.- Lo anterior ha conllevado a una capacidad negociadora mermada por parte de las personas trabajadoras de las empresas, cuya representación sindical ha comenzado por establecer la obligación de concluir e implementar un Plan de Igualdad a través de los Convenios Colectivos denunciados tras la puesta en vigencia de la Ley.
- 4.- La obligación de entregar datos a la representación de las personas trabajadoras es limitada, lo que supone una mayor situación de poder fáctico en la etapa de diagnóstico, con consecuencias en las medidas y acciones a negociar. También han sido establecidas más exhaustivamente la obligación de entregar datos segregados por sexo en todos los ámbitos que la LOIMH establece que han de formar parte de un Plan de Igualdad. En algún Convenio colectivo, como por ejemplo el de la Química.
- 5.- Las mejoras en los Convenios Colectivos crean situaciones diversas de las personas trabajadoras en cuanto a la elaboración del Plan de Igualdad, más allá del contenido de mejora en el reconocimiento de una igualdad sustantiva. Se construye un modelo social que genera nuevas diferencias y o perpetua modelos de opresión si los trabajadores y trabajadoras no cuentan con la capacidad negociadora relevante para producir cambios sustantivos en el modelo de igualdad en el ámbito laboral.
- 6.- El distintivo del Ministerio del Trabajo y asuntos sociales (hoy inmigración) para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad aún no se ha desarrollado reglamentariamente.



7.- Falta una sensibilización y conciencia social de la igualdad como un derecho fundamental, cuyo desarrollo no puede estar condicionado al desarrollo económico de un Estado. La tutela y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación difiere de la de los derechos económicos y sociales, pues nos encontramos ante uno de los derechos que fundamentan un Estado de Derecho. Muestra de esta diferente naturaleza en cuanto a su carácter de derecho fundamental plenamente exigible, es su regulación y desarrollo a través de una Ley Orgánica, además de la clara exigencia de una fundamentación reforzada a las resoluciones judiciales, cuando se refieren a una cuestión en la que se ha invocado el derecho a la igualdad y no discriminación,

8.- La LOIMH y el desarrollo, tanto teórico como jurisprudencial, apuntan a mejoras en la conciliación. Existe el peligro de profundizar el estereotipo de la mujer como cuidadora si dichas medidas no van encaminadas a un nuevo modelo de ciudadanía y corresponsabilidad de los cuidados de las personas que lo requieran, además de las responsabilidades estatales necesarias para la construcción de una igualdad sustantiva. La LOIMH y los instrumentos que de ella surgen, han de cambiar estructuras sociales hacia una nueva corresponsabilidad de hombres y mujeres, junto a políticas públicas que lo fomenten y posibiliten.

9.- La LOIMH no establece plazos ni formas para la evaluación periódica de los Planes de Igualdad, siendo insuficiente el solo mandato de estudio de los Convenios Colectivos en su contenido en materia de igualdad sustantiva.

10.- Existe una falta de participación directa de las personas trabajadoras, quienes en la práctica se ven supuestamente representadas por los sindicatos, que a su vez son unas organizaciones con carencias en la incorporación de una perspectiva de género y desarrollo de políticas de igualdad efectiva dentro de su seno. Por tanto, la motivación filosófica-jurídica de desarrollo del derecho fundamental de la igualdad efectiva y la prohibición de todo tipo de discriminación puede concretarse en Planes de Igualdad carentes en su contenido de la esencia del derecho que pretenden desarrollar y garantizar.

11.- La disociación del principio de igualdad del tema de la violencia de género, entendida ésta última como una causa-efecto de la falta de igualdad efectiva y con repercusiones directas en el ámbito de regulación laboral.

12.- La supeditación de un Plan de Igualdad a las condiciones económicas particulares de una empresa, olvidando que se trata del desarrollo de un derecho fundamental.



Rescatamos el pensamiento de Alda Facio (2008) cuando señala que la igualdad es un derecho, pero no se trata sólo de un derecho determinado, sino de un principio que atraviesa y le da contenido a todos los restantes derechos humanos. Debemos subrayar que este principio, tal como se presenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es descriptivo de la realidad, sino que precisamente se presenta como un principio normativo, no en términos de ser, sino de deber ser.

La LOIMH no utiliza el concepto de igualdad sustantiva, a pesar de ser un concepto que forma parte del sistema normativo español, en virtud de la suscripción de la CEDAW y su Protocolo facultativo, por parte del Estado español. Sin embargo podemos entender como asimilable el concepto de igualdad efectiva al de igualdad sustantiva, pues se trata de una igualdad cuya verificación de consecución se pone en los resultados, en el entendido que pese a la igualdad formalmente reconocida ha sido imposible su realidad, encontrándonos en pleno camino de transformación social con la incorporación de las tres herramientas incorporadas desde el movimiento feminista, a saber, la aplicación de la perspectiva de género, la transversalidad y la acción positiva.

Sin embargo, es posible constatar la utilización equívoca de los conceptos de igualdad efectiva, discriminación y acciones positivas en el contenido de los escasos Planes de Igualdad suscritos en el ámbito de las empresas privadas.

La falta de registro, publicidad y control tanto formal como material de los Planes de Igualdad suscritos, existente para el caso de los Convenios Colectivos, muestra otra falta de relevancia a dichos instrumentos como forma de tutela y garantía del derecho a la igualdad sustantiva.

Esperamos que la consolidación de nuevas formas de relaciones en el ámbito laboral contribuya a un nuevo concepto de ciudadanía, con pleno respeto a los derechos de las mujeres. Sin embargo, como bien señala Fraser (2006), la reivindicación de igualdad y no discriminación por razón de género, ha de incluir tanto el reconocimiento como la redistribución de los derechos, pues no se trata de categorías excluyentes, sino de agrupaciones de reivindicación de injusticias complejas.



BIBLIOGRAFÍA

BARRERÉ UNZUETA, M. A. (1997): *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.

BODELÓN, E. (2007): "Feminismos y políticas de género", en *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona, Col·lecció Estudis, Diputació de Barcelona.

CARRASCO, C. (2003): *Mujeres y Economía. Nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas*, Barcelona, Icaria.

CARRASCO, C. (2003): "¿Conciliación? No gracias. Hacia una nueva organización social", en *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona, Icaria.

ELÓSEGUI, M., Coord., (2005): *Negociación colectiva y prácticas laborales. Perspectiva de género*, Barcelona, Icaria.

FACIO, A.; FRIES, L. (1997): *Derecho y Género*, Santiago, Lom ediciones.

FACIO, A. (2008): *La Igualdad Sustantiva. Un paradigma emergente en la ciencia jurídica*, Ponencia Inaugural II Congreso Derecho y Género, Cuba 2008.

FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta.

GARGANTÉ, S. (2007): *Llei Orgànica per a la igualtat efectiva entre dones i homes*, Barcelona, Ceres.

PITCH, T. (1993): "¿Soberanos/as o ciudadanos/as?", en *Mientras Tanto*, n. 54, pp. 86-90.

PITCH, T. (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta.

FRASER, N y HONNETH, A (2006): *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata.

RUBIO, A (2006): "Las políticas de igualdad: De la igualdad al mainstreaming", en http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/celia_pe-reira/igualdade.pdf

RUBIO, A. (1995): "Igualdad y diferencia ¿dos principios distintos?", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 2, nº 4, pp. 259-286.

YOUNG, I. M. (2000): *La Justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.

.....
GENERAL MOTORS, ALTADIS, BIMBO, ALCAMPO, ALMIRALL, CARREFOUR, MAPFRE, GRUPA BORGES Pelayo, Ocaso, REALES SEGUROS, DOUSTCHE BANK y un etcétera bastante largo. Son también muchas las empresas que han firmado acuerdos de compromiso para la negociación de planes de igualdad, unos dentro del convenio colectivo (RENFE OPERADORA, ADÍF, FREIXE-NET, JONH DEERE IBÉRICA).



COLONIALIDAD, "PERFORMANCE" Y GÉNERO: LA SAGA DE LORENA BOBBITT¹

Chloé S. Georas*
Universidad de Río Piedras
Puerto Rico

Introducción: "El corte más cruel"²

El 23 de junio de 1993 en Manassas, Virginia, luego de años de abuso verbal y físico que según testimonios culminó en otro episodio de violación marital, Lorena Bobbitt tomó un cuchillo de mesa de mango rojo y ocho pulgadas de largo y le cortó el pene a su esposo y *ex-Marine*, John Wayne Bobbitt.³ Se fugó en un coche, llevándose el pene que luego descartó en un área de vegetación, donde fue rescatado por una brigada de rescate policiaco y, después, reimplantado quirúrgicamente al cuerpo de su esposo. John Wayne fue enjuiciado y absuelto de los cargos de violación marital. Enfrentando a una posible condena de hasta veinte años por daño doloso, Lorena alegó no recordar el acto e invocó las defensas de incapacidad mental y el Síndrome de la Mujer Maltratada en respuesta al argumento del fiscal de que fue un acto de venganza. Lorena fue juzgada no culpable por razón de incapacidad mental y pasó meramente unos días en un hospital mental antes de ser puesta en libertad.⁴

.....
1* Catedrática Auxiliar, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; B.A. en Economía de la Universidad de Puerto Rico (1987); M.A. en Historia del Arte de S.U.N.Y., Binghamton (1997); J.D. New York University School of Law (2004). Autora del libro "rediviva: lost in a trance.lations" (Editorial Isla Negra, 2006; Libros Nómadas, 2001).

La traducción de este artículo fue realizada por Magali Sánchez (2009) y revisada por la autora. Esta traducción al igual que el artículo original están bajo una licencia Creative Commons conocida como Atribución 3.0 Puerto Rico. Un resumen de dicha licencia está disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pr>.

Para cumplir con el espacio previsto para esta publicación, algunas secciones del trabajo original del cual este trabajo se deriva han sido omitidas y otras se han sintetizado. La versión original de este artículo se redactó para un curso de "performance" y derecho en NYU School of Law en 2004. Mi agradecimiento a los profesores de dicho curso, Peggy Cooper Davis y Richard Schechner, por sus comentarios y ediciones valiosas a este trabajo. Sin embargo, cualquier error u omisión de esta versión revisada son exclusivamente míos.

2 *The Unkindest Cut of All: Enough Already*, U.S. News & World Report, 31 de enero de 1994, a la página 14.

3 En lo sucesivo Lorena Bobbitt será abreviada como "Lorena" y John Wayne Bobbitt como "John Wayne".

4 Pasajes del juicio en este artículo fueron publicados por PETER KANE, *THE BOBBITT CASE: TRANSCRIPTS OF THE SEX TRIAL THAT SHOCKED THE WORLD* (Pinnacle Books, 1994). En lo sucesivo será abreviado como "Transcripción".

A través de su corte transgresivo “sentido alrededor del mundo”⁵, Lorena Bobbitt no sólo amputó el órgano que simbolizaba su miseria, sino que logró fama instantánea. La maquinaria globalizada de los medios de comunicación diseminó la infame saga de Bobbitt, apropiada de maneras variadas según ansiedades culturales profundamente enraizadas.

En este artículo exploro cómo diferentes acercamientos teóricos a los aspectos narrativos, performativos y culturales de los juicios, especialmente los juicios famosos, articularon la fascinación del público con la saga de Bobbitt. La primera sección contextualiza el escenario del caso al explorar la localización de los latinos en el imaginario social americano y trans-americano con un énfasis particular en los debates poscoloniales de la “colonialidad del poder”. La segunda sección explora cómo los análisis narrativos y performativos pueden ofrecer interpretaciones nuevas de los juicios famosos para apreciar mejor sus implicaciones culturales y políticas. La tercera y última sección analiza las historias presentadas por la defensa y la fiscalía y cómo éstas reinscriben tropos de índole racial y sexual, altamente controvertidos, característicos de la colonialidad del poder.

Colonialidad del poder y el imaginario trans-americano.

La noción de Quijano de la “colonialidad del poder” muestra cómo, a pesar del éxito de las luchas por la independencia en América Latina en el siglo XIX, las formas de dominación (étnicas, raciales y económicas) se reinscriben dentro del marco de los nuevos estados nacionales. Mientras que la colonización imperial clásica normalmente se refiere a una dominación amplia y directa de los territorios por un poder central, la colonialidad del poder nombra una forma de dominación más matizada desatada por los hegemónistas culturales neo-coloniales.⁶ Las jerarquías etno-raciales del colonialismo se reinscriben en la esfera social a pesar de la erradicación formal del colonialismo. Por lo tanto, la colonialidad del poder puede existir sin una administración colonial al igual que la independencia puede existir sin un proceso de descolonización (Amé-

5 Rush Limbaugh, *No Tears for Lorena*, Newsweek, 24 de diciembre de 1994, a la página 56.

6 Aníbal Quijano, “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: *Cuestiones abiertas*, en ENCUENTRO INTERNACIONAL: JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI Y EUROPA. EL OTRO ASPECTO DEL DESCUBRIMIENTO 167 (Empresa Editora Amauta S.A. 1992); *Colonialidad y modernidad/racionalidad*, 13 Perú Indígena (no. 29) 11 (1993); *Modernity, Identity and Utopia in Latin America*, 2 Boundary 140 (1992).



rica Latina).⁷ La importancia que Quijano atribuye a las construcciones culturales de la historia colonial, tales como raza y etnia, muestra la imposibilidad de conceptualizar únicamente las relaciones materiales de la dominación, es decir, sin ver su inscripción en el imaginario social de la misma: las representaciones y el lenguaje que el poder emplea en el debatido terreno de la inequidad. La colonialidad del poder es un eje de dominación inscrito en, pero diferente a, los ejes capitalistas de la explotación. La colonialidad del poder y la modernidad son engendros de la expansión y colonización europea que llevan a la invención de las Américas, Europa y África en una nueva geografía mundial que privilegia a Occidente como el imaginario social hegemónico y proclama el sistema mundial capitalista.⁸

Los Estados Unidos, caracterizado por la denominada colonización de pobladores ("settler colonization") que logró la independencia sin la descolonización, está profundamente implicado en las historias de la colonialidad del poder a través del despliegue de jerarquías étnicas, raciales y sexuales que mantienen a los otros en su lugar, a pesar del lenguaje inclusivo del liberalismo estadounidense. América Latina es uno de los espacios de incalculable otredad en contra de la cual Estados Unidos reifica su propia modernidad y progreso civilizatorio. Por lo tanto, las identidades latinas en los Estados Unidos están inscritas en largas y complejas historias de conquista y dominación que se remontan a la invención de las Américas y no pueden entenderse fuera del contexto del imaginario social de la colonialidad del poder.⁹

Los latinos son diferentes de otras oleadas de inmigrantes europeos a Estados Unidos. Primero, los chicanos y puertorriqueños han sido directamente "colonizados, discriminados y desgarrados entre un discurso de asimilación/ciudadanía y las realidades de la discriminación racial y la pobreza."¹⁰ Segundo, el resentimiento de los que han sido afectados por las intervenciones de Estados Unidos en América Latina ha desembocado en una resistencia a la asimilación. En vez de encaminarse inexorablemen-

.....
7 Quijano, *supra* note 6, "Raza," "etnia" y "nación" en Mariétegui.

8 Quijano, *supra* note 6, *Modernity, Identity and Utopia in Latin America*; WALTER MIGNOLO, LOCAL HISTORIES, GLOBAL DESIGNS: COLONIALITY, SUBALTERN KNOWLEDGES AND BORDER THINKING (Princeton University Press 2000).

9 Agustín Laó-Montes, *Mambo Montage: The Latinization of New York City*, en MAMBO MONTAGE: THE LATINIZATION OF NEW YORK CITY 1, 5-6 (Agustín Laó Montes & Arlene Dávila eds., Columbia University Press 2001).

10 Juan Poblete, *Introduction*, en CRITICAL LATIN AMERICAN AND LATINO STUDIES ix, xviii (Juan Poblete ed., University of Minnesota Press 2003) (citing Suzanne Oboler).

te hacia la asimilación, la diáspora latina en este momento de globalización, existe en “un espacio contrapuntual en/de la modernidad, donde la patria no es meramente abandonada sino que entra en procesos y configuraciones multi-direccionales.[...] [Los latinos] habitan simultáneamente y/o alternativamente muchos espacios culturales y políticos de articulación política y cultural. Esta pluralidad de identificaciones (en oposición a identidades estables) fluctúa entre lo nacional y lo transnacional [...]”¹¹ En este sentido, podemos decir que los latinos son parte de un imaginario trans-americano, una geografía cultural o cronotopo habitado por personas transnacionales “cuyas vidas inciden de formas complejas con los significados heterogéneos de los símbolos de la “americanidad””¹²

Lorena Bobbitt se convirtió en una figura importante en la zona de contacto del imaginario trans-americano que hizo visible la colonialidad de los discursos y las representaciones de los latinos en Estados Unidos. Lorena simultáneamente desestabilizó y reificó las fronteras políticas y culturales, altamente polarizadas en términos raciales y de género, que articulan el imaginario colonial moderno americano.

Acercamientos narrativos y performativos a los juicios famosos.

En un litigio las partes articulan historias que compiten “ante un tribunal público cuya decisión se basa en la ley, tiene el potencial de ser la determinación final en torno a la disputa entre las partes y sirve como precedente o autoridad persuasiva en futuros casos o controversias similares.”¹³ A pesar de los años de debate sobre la influencia de la política, economía e ideología sobre las decisiones jurídicas, la visión tradicional y dominante de la ley es que es un proceso de evaluación neutral. Por el contrario, académicos que provienen de los estudios críticos de derecho enraizan el escenario legal en un análisis de relaciones de dominio y perciben la mencionada apariencia de neutralidad legal como efecto del poder. La ley no se percibe como un reflejo de una verdad objetiva separada de la especificidad cultural, sino como inscrita interactivamente en procesos culturales.¹⁴ Al analizar las inscripciones culturales de un juicio, el análisis narrativo,

.....
11 *Id.* A la página xx (following James Clifford and Edward Said).

12 Paula Moya & Ramón Saldivar, *Fictions of the Trans-American Imaginary*, 49 *MFS Modern Fiction Studies* 1, 16 (2003).

13 ANTHONY AMSTERDAM, PEGGY COOPER DAVIS & ADERSON FRANCOIS, *NYU LAWYERING PROGRAM READINGS* 210-211 (2003).

14 Peggy Cooper Davis, *Contextual Legal Criticism: A Demonstration Exploring Hierarchy and “Feminine” Style*, 66 *NYU L. Rev.* 1635, 1640-1643 (1991).



los estudios de "performance" y la antropología han mostrado ser espacios fructíferos para evaluar las formas y estrategias del poder articuladas a través de los procedimientos legales.

Los estudios legales contextuales se desvinculan de interpretaciones positivistas y objetivas de la ley y privilegian una reexaminación pos-estructural de cómo la ley constituye lo social a través de categorías y premisas legales que organizan configuraciones particulares de discursos de poder. Los debates pos-estructuralistas sobre las estrategias discursivas que inscriben la interpretación de un texto, independientemente de las intenciones de su autor, han hecho visible los fundamentos ideológicos del discurso y han abierto el camino para el análisis narrativo de los textos legales. El lenguaje ya no se entiende como representativo de una realidad, sino como constitutivo de dicha realidad. El privilegiar unos discursos en oposición a otros y el despliegue selectivo de términos y soluciones se vuelven relevantes cuando las partes proponen "hechos" dentro de estructuras interpretativas que compiten entre sí.¹⁵

Los estudios de "performance" van más allá de la suposición común de que la realidad es una construcción social al reconocer que "nuestras vidas se estructuran de acuerdo a modos de conducta repetidos y socialmente sancionados" y, por lo tanto, plantea "la posibilidad de que toda actividad humana pueda, potencialmente, ser considerada como "performance", o al menos toda actividad llevada a cabo con consciencia de sí misma"¹⁶ Independientemente de la mirada de las prácticas culturales donde "algunas acciones se considerarán "performances" y otras no," el principio de "performance" puede ser aplicado a "todos los aspectos de la vida social y artística. El "performance" ya no se limita al escenario, a las artes y al ritual. La performatividad está siempre ligada a la interdependencia del poder y el conocimiento."¹⁷ Los juicios son particularmente susceptibles a un análisis desde la perspectiva de los estudios de "performance" dadas sus estructuras dramáticas inherentes.¹⁸

La estructura narrativa de los cuentos se ha aplicado exitosamente al análisis de los procesos legales. Feingensen enfatiza la concepción melodramá-

15 Elisa Deener, A Mediation Tale 1, 2-3 (2004) (manuscrito); Sara Cobb & Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, 16 Law & Soc. Inquiry 35, 37-38 (1991).

16 MARVIN CARLSON, PERFORMANCE: A CRITICAL INTRODUCTION 4-5 (Routledge 1996).

17 RICHARD SCHECHNER, PERFORMANCE STUDIES—AN INTRODUCTION 30, 114 (Routledge 2002).

18 *Id.* a la página 177.

tica de los juicios por daños como narrativas donde: 1-la agencia individual se percibe como causa del accidente; 2- las características intrínsecas del individuo son el centro de la causalidad del accidente; 3- los personajes del juicio se dividen entre los buenos y los malos; 4- el foco del juicio es el sufrimiento de la víctima; y, 5- el bien triunfa sobre el mal en el juicio.¹⁹ La estructura narrativa de los cuentos moldea nuestro pensamiento y es un medio crucial a través del cual se articulan legalmente las transgresiones y violaciones. Dicha estructura narrativa ha emergido del estudio de los juicios: un estado estable donde prevalecen las normas se desestabiliza por una transgresión que requiere algún tipo de acción que restaure o transforme el estatus quo.²⁰

Estas formas de análisis procesal claramente están en deuda con la forma en que el antropólogo Victor Turner teoriza sobre la experiencia humana generalmente organizada alrededor de “dramas sociales” o “unidades de procesos”. Los dramas sociales, incluyendo los juicios, representan secuencias de eventos, públicamente ejecutados, que típicamente se estructuran en cuatro fases: 1- Fase de transgresión donde se viola alguna norma en el campo de las relaciones sociales. 2- Fase de crisis tales como el duelo y su intensificación que puede llegar a ser co-extensiva con una crisis estructural a menos que se contenga. Esta fase es donde se revela el verdadero rostro de la situación. 3- Fase de reparación donde hay un intento por limitar la crisis a través de mecanismos compensatorios o conciliatorios de miembros representativos del sistema social. 4- Fase de reintegración o reconocimiento de un cisma irreparable.²¹ Los juicios como dramas sociales demuestran los aspectos narrativos de la expresión social y momentos que marcan rituales de paso liminales donde las normas simultáneamente se suspenden y se revelan, abriendo un espacio para su reinscripción o transformación.

En su aplicación de la teoría literaria psicoanalítica al análisis de los juicios, Felman despliega el concepto del “abismo” cultural. Un abismo nos habita como un “vacío interno” que resiste ser concientizado y no puede verse. El trauma como abismo se convierte en un espacio “accidentado” a través del cual la cultura se revela como una brecha incognoscible²².

.....
19 Neal Feigenson, *Legal meaning in the Age of Images: Accidents as Melodrama*, 43 N.Y.L. Sch. L. Rev. 741, 745 (1999-2000).

20 ANTHONY AMSTERDAM & JEROME BRUNER, *MINDING THE LAW* 113-114 (Harvard University Press 2000).

21 VICTOR TURNER, *Social Dramas and Ritual Metaphors*, in *DRAMAS, FIELDS AND METAPHORS* 23, 38-42 (Cornell University Press 1974).

22 SHOSHANA FELMAN, *THE JURIDICAL UNCONSCIOUS* 91 (Harvard University Press 2002)



El abismo no puede ser totalizado y, por lo tanto, los argumentos finales de un juicio no pueden abarcar o contener dicho abismo. La ley trata de tender un puente sobre este abismo incontenible a través de racionalizaciones y codificaciones legales en su intento de insularse de la implacable irregularidad e irracionalidad del abismo. Aunque la ley trata de crear un fundamento consciente para el abismo esencialmente inconsciente e infundado, la historia de la ley y el trauma es la de dos barcos en la noche destinados a reinscribir repetitivamente el trauma, desafiando la clausura que busca la ley. Por lo tanto, la ley está predestinada a fracasar en su intento de transformar el abismo traumático en hechos indubitables.²³ De esta manera, el juicio de Núremberg, *The Kreutzer Sonata* y el caso de O.J. Simpson se convierten en repeticiones compulsivas de experiencias traumáticas del Holocausto, sexismo y/o racismo.

Tanto Turner como Felman ofrecen estructuras teóricas para entender el conflicto, pero Turner lo hace desde el análisis antropológico/cultural mientras que Felman aplica el psicoanálisis al inconsciente colectivo social. Ya que la historia para Felman se anima por un inconsciente inmanente que es desconocido e inaccesible, ella puede negar la agencia interpretativa de distintos actores en el escenario social y poner énfasis en su incapacidad de ver en lugar de enfatizar las múltiples interpretaciones, visibilidades y representaciones que rodean cualquier conflicto traumático. Por ejemplo, los abogados no están condenados necesariamente a negar la existencia de un trauma subyacente a través de codificaciones legales, sino que pueden ejercer cierta agencia interpretativa en cómo maniobran dentro de las reglas y presentan los "hechos".²⁴

Felman niega las múltiples apropiaciones y luchas sobre significados que no son reducibles a modalidades de ceguera, en vez de conceptualizarlas como diálogos creativos dentro de campos más amplios de conflicto social, tanto dentro como fuera del escenario legal. En contraste, según Turner los actores sociales no están imposibilitados de poder ver o concientizar un conflicto. El momento de la crisis puede ser el momento de desenmascarar el estatus quo (que aunque no fuera como una verdad definitiva, aún así contrasta con la incognoscibilidad ulterior planteada por Felman). En Turner, puede haber resolución en algunos escenarios de crisis, mientras que en Felman el abismo traumático está condenado a desembo-

.....
23 *Id.* a la página 95, 162.

24 Anthony Amsterdam & Randy Hertz, *An Analysis of Closing Arguments to a Jury*, 37 N.Y.L. Sch. L. Rev. 55, 58 (1992).

car en reinscripciones legales repetitivas. Sin embargo, el modelo de Turner puede sacrificar la complejidad de eventos que son comprimidos muy estrictamente en su estructura de cuatro fases y, al igual que el modelo de Felman, no acomoda fácilmente el problema de múltiples apropiaciones y posicionalidades de sujetos dentro de un mismo conflicto, es decir, cómo la violación de una norma por parte de una persona puede constituir la reparación de un agravio para otra. Turner mantiene un acercamiento lineal, tanto pragmático como teleológico, a los momentos abismales de crisis, fragmentándolos en segmentos operacionales que permiten el funcionamiento de los sistemas sociales, mientras que Felman apunta hacia las irresolubles disfuncionalidades filosóficas y circularidades repetitivas de los traumas históricos en formaciones sociales que, no obstante, requieren la toma de decisiones. A pesar de sus diferencias, tanto Felman como Turner ofrecen teorías para navegar por las heridas traumáticas de imaginarios sociales que pueden resurgir en diferentes escenarios y que a menudo no pueden ser comprendidos dentro del lenguaje y proporciones de la ley. Además, nos ayudan a conceptualizar los momentos estructurales de cambios liminales en el estatus quo al igual que los procesos de su reificación.

Los múltiples anillos de audiencias invocados por un juicio son cruciales para entender su relación con la constitución de los imaginarios sociales y el cuerpo político. Los juicios criminales, en particular, son mandatorios en tanto surgen de una violación en contra de una comunidad y, como tal, invocan el cuerpo político que requiere ser reparado por la ley.²⁵ Los procedimientos criminales implican necesariamente al “pueblo” como espectador del proceso histórico de establecer interpretaciones hegemónicas de eventos perpetrados contra el sistema.²⁶

Aunque todos los juicios tienen un sesgo de espectáculo en la medida que su función es anunciar y hacer respetar normas y mostrar que el sistema funciona, algunos juicios son más teatrales que otros porque envuelven, por ejemplo, eventos históricos trascendentales (Holocausto) o celebridades (O.J. Simpson y Michael Jackson). Según Felman, “sería apropiado decir que cada juicio de envergadura envuelve “algo más grande que la ley”. En todo juicio de importancia, y definitivamente en todo juicio de gran significado histórico o político, se dilucida algo ajeno a la ley en términos legales y se somete a la estrechez de las definiciones legales.”²⁷

.....
25 HANNAH ARENDT, EICHMAN IN JERUSALEM 261 (Penguin Books 1992).

26 FELMAN, *supra* nota 22 a la página 81.

27 FELMAN, *supra* nota 22 a la página 65.



Contrario a los juicios normales donde es más difícil hacer una denuncia de traumas históricos que yacen bajo la superficie de conflictos raciales, sexuales, clasistas y coloniales, los juicios famosos tienen, a pesar del cinismo de Felman hacia los procedimientos y codificaciones legales, una oportunidad única de hacer planteamientos más abarcadores sobre injusticias sociales. El reto está en tornar el juicio en una crítica de normas sociales que generalmente permanecen indiscutidos y tras bastidores. Una estrategia legal exitosa de un juicio famoso no permite que la búsqueda de los "hechos" inmediatos del caso sea obstáculo al planteamiento de una crítica estructural; en otras palabras, no permite que el revólver literal en la cara ocluya el revólver estructural en la cara. Los abogados pueden ampliar la esfera de lo "factual", estirando sus límites interpretativos para invocar metafóricamente la sociedad y "verdades" normativas, como, por ejemplo, en el caso de O.J. Simpson donde el racismo se transmutó de una opinión a un hecho del caso. Un juicio famoso puede redirigir la mirada acusatoria de los sospechosos usuales a la sociedad y la ley como los actos estructurales de violencia, relocalizando el lugar de la monstruosidad criminal a un escenario más complejo, donde los actos criminales se convierten en síntomas en vez de desviaciones del orden y la armonía. El cuestionamiento se enfoca alternativamente en cuál es el orden social y para quién es y quién pagará el precio por la armonía de unos a costa de otros. Los juicios famosos, por consiguiente, no están condenados a ser repeticiones de traumas históricos sino que pueden ser enjuiciamientos de la normalidad hegemónica, mostrando, por ejemplo, la inmanencia del racismo o el "bystander nation" que se vuelve cómplice con los actos criminales legalmente sancionados del fascismo, como en el juicio extraordinario de Eichman.²⁸

Los juicios normales se basan en la premisa de la existencia de un estatus quo legítimo que es transgredido por un acto ilegal y el juicio es la búsqueda del remedio legal para reestablecer el estatus quo. En un juicio famoso es precisamente el estatus quo lo que está siendo enjuiciado y la normalidad misma se vuelve potencialmente criminal. La historia y sus valores normativos se convierten en el espejo incómodo donde las normas sociales lucen anómalas y las costuras del poder ya no se esconden tras un velo de universalidad, sino que se lucen contingentes e históricamente específicas. Un juicio famoso exitoso escapa las limitaciones del procedimiento y la

28 "Desde el punto de vista de nuestras instituciones legales y estándares morales de enjuiciar, esta normalidad era mucho más aterradora que todas las atrocidades acumuladas porque implicaba que este nuevo tipo de criminal, quien es de hecho *hostis generis humani*, comete su crimen bajo circunstancias que hacen casi imposible que él sepa o sienta que está haciendo un mal" ARENDT, *supra* nota 25 a la página 276.

evidencia para revelar los imaginarios sociales subyacentes a las violencias cotidianas que articulan formas hegemónicas de dominación como armonía social.

Los juicios son representaciones dramatizadas diestramente que mantienen a una audiencia cautiva mediante el estímulo de reacciones emotivas, lo cual a su vez traza “dinámicas de comunicación simbólica intensamente cargadas”²⁹ entre abogados, audiencias y espacios contenciosos de los imaginarios sociales en momentos de crisis marcados por la transgresión de alguna norma. Los abogados de un juicio famoso se encuentran en una encrucijada de obligaciones múltiples y conflictivas al intentar servir los intereses del cliente, manejar el horizonte interpretativo de los procedimientos judiciales, y luchar con las resemantizaciones de los eventos en diferentes espacios políticos-nacionales y transnacionales.. Las decisiones performativas de los abogados, tanto narrativas como estratégicas, pueden arraigar o socavar la ideología dominante, dependiendo de cómo entablan con las configuraciones ideológicas subyacentes que constituyen el acto como violación del orden social.³⁰ Por lo tanto, el espacio legal puede ser un escenario para la reificación de una verdad cuya contingencia histórica debe ser escondida bajo un manto de neutralidad y universalidad o para el desmembramiento de dichas normas a través de formas directa de confrontación o complicidades subversivas que parodian los tropos dominantes desde adentro.

Barbarismo v. catolicismo: Las historias narradas por los abogados

John Wayne Bobbitt, epítome de la masculinidad con su icónico nombre evocador del expansionismo americano, y Lorena Bobbitt, la manicurista latina “delicada” de 95 libras en una búsqueda fallida del “sueño americano”, fueron terreno fértil para variadas apropiaciones por parte de la cultura popular y los medios. Los secretos y detalles íntimos de la vida de la pareja revelados durante el juicio estarían a la intemperie interpretativa tanto para la corte como para los círculos más amplios de espectadores del juicio. Esto planteó un reto para los abogados de las partes porque inevitablemente tuvieron que privilegiar una línea narrativa a expensas de otras, según sus decisiones estratégicas y dentro de las limitaciones legales sustantivas y procesales.

.....
29 SAM SCHRAGER, *THE TRIAL LAWYER'S ART* 13 (Temple University Press 1999).

30 *Id.* a la página 14.



Los fiscales representaron a John Wayne como la víctima del "acto calculado y malicioso de venganza" de su esposa, reclamando que "no hay justificación [...] o excusa para tomar la ley en sus manos, para incapacitar a su esposo."³¹ La fiscalía declaró que John Wayne no recordaba haber tenido sexo (forzado) con Lorena la noche del ataque. En todo caso, según John Wayne el matrimonio era un fracaso y pensaba divorciarse. La fiscalía trató de mantener el foco en la herida sufrida por John Wayne como resultado del acto criminal cometido por Lorena.

Luego del testimonio de varios testigos de la defensa sobre el comportamiento abusivo de John Wayne hacia Lorena, la fiscalía tuvo que admitir en su argumentación final que existía violencia mutua en la relación.³² Sin embargo, la fiscalía utilizó este reconocimiento para reafirmar su narrativa de una mujer totalmente en control de sus acciones, tomando medidas absurdamente excesivas de venganza. La fiscalía argumentó que Lorena sabía enteramente lo que estaba haciendo y que no estaba temporariamente incapacitada por la demencia ni actuaba impulsada por la pasión. La fiscalía enmarcó su caso como un conflicto entre la civilización y la barbarie, entre la ley y el caos.³³

En marcado contraste, la defensa presentó a Lorena como una "joven, diminuta, delicada e ingenua mujer, [...] que por años, según mostraría la evidencia, sufrió extrema brutalidad y violencia perpetrados por la misma persona que al tomar los votos de matrimonio prometió protegerla y honrarla."³⁴ La defensa relató una historia sincopada de frecuentes "violaciones, palizas, puñetazos, empujones, bofetadas [...], estrangulamiento y amenazas de más violencia."³⁵ Plantearon que Lorena provenía de un "hogar muy unido, tradicional y estrictamente católico" en Ecuador (luego Venezuela) y se enfocó en "las costumbres culturales en las cuales Lorena

.....
31 Transcripción, *supra* nota 4 a las páginas 432, 21.

32 *Id.* a la página 433.

33 "Este es un caso sobre la ira, es un caso sobre la venganza y es un caso sobre la retribución. Su marido llegó a casa, estaba embriagado [...], él quería tener sexo, ella no, ese es su derecho. Él la forzó a tener sexo, ella estaba molesta y tomó represalias en su contra. Pero, ustedes saben [...] nosotros no vivimos en un mundo gobernado por la venganza. Nosotros no vivimos en una sociedad donde manda el que posee el cuchillo más grande. Vivimos en una sociedad regida por la ley y es la razón por la cual se encuentran hoy aquí.

Y les diré más. Esto no se trata de una persona que estaba sola y a la deriva, inocente e ingenua en un país extranjero. Ella tenía opciones y conocía esas opciones. Tenía un sistema de apoyo tanto emocional como físico, legal y religioso. [...]" *Id.* a la página 444.

34 *Id.* a la página 21.

35 *Id.* a la página 22.

se crió, las cuales enfatizan el rol de la mujer en la familia. [Una] mujer es considerada la espina dorsal de la familia. Y la mujer es la culpable si el matrimonio fracasa.”³⁶

La defensa presentó el caso de Lorena como una versión del “sueño americano”. A los dieciocho años, Lorena llegó a los Estados Unidos para vivir con la familia Castro, conoció a John Wayne, se enamoró locamente de él y salió con él por muchos meses. El no mostró ninguna inclinación hacia la violencia. Lorena testificó que ella estaba “enamorada de él. Para mí lo representaba todo. Fue el comienzo de una familia aquí en los Estados Unidos. Y siento que quería tener hijos más adelante, como una familia tradicional. Era sólo el principio de mi sueño.”³⁷ Pero el “sueño americano” se deshizo durante el primer mes cuando el “reinado del terror matrimonial” comienza, escalando en severidad y frecuencia, tanto física como verbalmente, a través del tiempo.

La defensa reclamó que Lorena sufría del Síndrome de la Mujer Maltratada en tanto que ella “desarroll[ó] sentimientos de desesperanza e impotencia al punto que ella creía que la situación era tal que no tenía a dónde ir; ningún lugar donde estuviera a salvo.”³⁸ Además, Lorena cede, en contra de sus creencias religiosas, a las exigencias de John Wayne de hacerse un aborto. Ella comienza a desarrollar otros problemas de salud y los testigos peritos le diagnostican una depresión severa, Síndrome del Estrés Pos-traumático y Desorden de Pánico al momento del desmembramiento de John Wayne, como resultado de los años de abuso marital que la llevaron a un agudo brote sicótico. La defensa presentó a Lorena como temporera e incapacitada, tan deteriorada por el abuso marital que no tenía capacidad alguna para controlar su impulso irresistible, enfatizando su terror ante la conducta abusiva de John Wayne.

La declaración inaugural de la defensa culmina con la propuesta de que la vida de Lorena era “más valiosa” que el pene de John Wayne.³⁹ La decisión del jurado oscilará entre la historia de la fiscalía de ira y represalia calculada

.....
36 *Id.*

37 *Id.* a la página 154.

38 Véase *id.* a las páginas 24-28.

39 “Damas y caballeros, enfrentamos la yuxtaposición entre la vida de Lorena Bobbitt y el pene de John Wayne Bobbitt. La evidencia mostrará que en la mente de Lorena fue el pene ineludible de John Wayne el que le causó el mayor dolor, el mayor temor y la mayor humillación. Y les propongo que al final de este caso, usted llegará a una conclusión: una vida vale más que un pene. Gracias.” *Id.*



o la historia de la defensa de incapacidad mental, defensa propia e impulso irresistible.

La estrategia de la defensa era reificar a Lorena, probando que ella pertenecía a una cultura ancestral e inmutable, atrapada en los valores de la tradición, el catolicismo y la familia. Lorena reforzó el relato de la defensa al testificar que "mamá y papá son como niños pequeños, agarrados de manos. Hay mucho amor en mi familia. Mi hermano y hermana, nosotros todos, diría que juntos, somos una familia normal, amorosa y católica."⁴⁰ Como parte de su reificación en dicho espacio tradicional, la defensa representa el aborto como un acto que va en contra de la naturaleza de Lorena, implicando que John Wayne la obligó a escoger entre su esposo y su hijo, entre el deseo egoísta de John Wayne de deshacerse de un bebé que él no quería y la crianza católica tradicional de Lorena.⁴¹

El aborto se convierte en una imposición contranatura en vez de una decisión.⁴² Dado el tropo feminista de "elegir" ("choice"), la posición de Lorena es profundamente irónica. Privada de escoger no tener un aborto, Lorena es obligada a actuar en contra de su propia naturaleza. Esto es un golpe a su autoestima del cual nunca se recupera- al menos mientras permanece casada con John Wayne. En general, el testimonio de Lorena y la argumentación de su defensa la convierten en la personificación de causas conservadoras en contra del divorcio, aborto, sexo no-tradicional (anal) y familias no-tradicionales (mujer proveedora).⁴³ Lorena es la inmigrante suplicante cuyo único deseo es una integración total al sueño "blanco" de la asimilación conservadora.

La Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada resulta igualmente problemática. Se dice que años de abuso conducen a un arraigado sentido de impotencia y desórdenes psiquiátricos tales como severas depresiones, Síndrome del Estrés Post-traumático y Desorden de Pánico. Aunque el propósito de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada es invocar consideraciones sociales y estructurales en el análisis de la situación de la mujer maltratada, la defensa descansa sobremanera en la patologización

.....
40 *Id.* a las páginas 150.

41 *Id.* a las páginas 24-25.

42 Esto explica por qué el movimiento pro vida se apropió de la historia de Lorena como un ejemplo de su lucha. Por ejemplo, la página web www.lifenews.com declara que la violencia de Lorena no era meramente el resultado de la violencia doméstica sino, además, de "estrés pos-traumático de un aborto realizado en contra de su voluntad" (véase <http://www.lifenews.com/nat277.html>).

43 Transcripción, *supra* nota 4 a las páginas 88, 136-39, 151, 182.

de las mujeres al enlazar su conducta a características internas de su psicología.⁴⁴ El argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada posee una tensión explicativa insostenible entre el argumento socio-estructural del abuso y la individualización de la responsabilidad basándose en características internas. Por un lado, el Síndrome de la Mujer Maltratada quiere señalar las causas sistémicas del sufrimiento de ésta y, por otro lado, oculta dichas causas sistémicas al personalizar la causalidad basándose en las debilidades intrínsecas de la mujer maltratada. Un individualismo problemático y patologizante se filtra en el análisis de los problemas estructurales y sistémicos de la violencia en relaciones íntimas.

Las limitaciones de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada se complican aún más con las reificaciones culturales y raciales en el caso de mujeres que no son blancas. La cultura de Lorena, donde las mujeres son la “espinas dorsal de la familia” y son responsables por su éxito, es la verdadera espinas dorsal de los argumentos de la defensa sobre la implacable impotencia de Lorena. Según declara Lorena, el divorcio “es una situación humillante; es una vergüenza. Me sentiría avergonzada.”⁴⁵ El momento más inquietante de la defensa es cuando la doctora Susan Feister, la psiquiatra experta de la defensa, declara que dada la singularidad del acto de Lorena, ella sintió la necesidad de llevar a cabo exámenes adicionales de perfil psicológico.⁴⁶

La clara implicación de las declaraciones de Dr. Feister es que sólo una persona ignorante y culturalmente rígida recurriría a cortar un pene luego de años

.....
44 Jean Filetti, *From Lizzie Borden to Lorena Bobbitt: Violent Women and Gendered Justice*, *Journal of American Studies*, 35, 3, 471, 476 (2001). “[A] vincular la violencia cometida por mujeres a “características psicológicas internas en vez de factores circunstanciales”, la defensa del “Síndrome de la Mujer Maltratada” asegura que factores ambientales que afectan la violencia no son examinados. *Id.* a la página 480.

45 Transcripción, *supra* nota 4 a la página 151.

46 “Dado que la situación era tan inusual – cortar un pene – sentí que, además de la entrevista clínica abarcadora, era importante obtener pruebas psicológicas para ver si habían otros factores psicológicos que pudieran estar presentes, confirmando o desmintiendo mi punto de vista. [...]”

[...] Las pruebas psicológicas mostraron que Lorena tenía un nivel de inteligencia fronterizo normal – al lado inferior de lo normal. Y esto fue incluso luego de que la puntuación fuera recalculada para tomar en consideración que pudiera tener dificultades con las secciones de idioma en la prueba debido al hecho de su trasfondo Hispano. [La] prueba mostró que Lorena era una persona que utilizaba defensas muy rígidas y tenía maneras rígidas de lidiar y que, bajo situaciones de emoción o estrés extremo, su proceso normal de razonamiento se descalabraba y cambiaba el tipo de pensamiento racional. En esos momentos ella tenía lo que nosotros consideramos como aspectos sicóticos en su pensamiento o aspectos que sugieren una ruptura de su pensamiento con la realidad”. *Id.* a las páginas 344-345.



de abuso y violación. La defensa se propone mostrar que el acto de Lorena no fue un acto típico de mujeres que sufren los efectos del Síndrome de la Mujer Maltratada. A pesar de esfuerzos por tomar "en consideración el hecho [...] de su trasfondo español," la defensa en última instancia reifica y racializa a Lorena, inscribiéndola en un espacio cultural de estupidez, ignorancia e irracionalidad sicótica. La infantilización de Lorena como una "mujer que era joven, casi una niña en términos de su falta de experiencias de vida"⁴⁷ invita una mirada paternalista para proteger su vulnerabilidad patologizada y nubla completamente la compleja agencia de sus acciones.

Contrario a la presentación de la defensa de la cultura de Lorena como católica y tradicional, la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica, bárbara y caótica, donde "el puñal más grande gana."⁴⁸ Se enfatiza el instinto sexual y poderes de seducción de Lorena. John Wayne no sólo reclama nunca haber violado a Lorena, sino ser víctima del los instintos sexuales de Lorena aún cuando él estaba demasiado exhausto para tener relaciones sexuales. Lorena, quien "por costumbre" vestía "ropa interior de seda" alegadamente exigió que John Wayne, a pesar de estar exhausto, tuviera relaciones con ella en la noche infame que pasó a la notoriedad mundial.⁴⁹

De acuerdo con la fiscalía, Lorena es una mujer con una misión: dame placer o pagarás el precio. No es meramente una venganza porque John Wayne es un marido infiel que pasa las noches con otras mujeres, sino una venganza porque no puede ejecutar sus funciones sexuales. Bajo esta estrategia narrativa Lorena es representada como una mujer de excesos sexuales y desviaciones ilimitadas en la búsqueda de satisfacer sus necesidades primitivas. Mientras la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica y bárbara, la defensa la reifica como parte de una cultura congelada en el tiempo marcada por valores tradicionales y católicos. Independientemente de si Lorena pertenece a un monolito cultural del estancamiento o a un monolito cultural del caos, la realidad es que en ambos escenarios ella está inscrita en un espacio de atraso e inmutabilidad que la impulsa a actos sintomáticos de violencia, según la fiscalía, o contra el cual sólo puede escapar a través de rupturas sicóticas de exceso e irracionalidad, según la defensa. De esta manera, tanto la fiscalía como la defensa se reinscriben en los tropos del imaginario social moderno y colonialista en sus representaciones de las inscripciones culturales patológicas de Lorena.

.....
47 *Id.* a la página 345.

48 *Id.* a la página 444.

49 *Id.* a las páginas 88-90.

La violación para la fiscalía fue el corte “fatal” mientras que para la defensa lo fue la relación de abuso marital; la crisis para la fiscalía fue la anarquía social resultante de las acciones de Lorena, mientras que para la defensa la crisis fue el estado emocional patológico de Lorena a manos de su esposo abusivo. Al declarar a Lorena no culpable por razón de incapacidad mental, las acciones de reparación del juicio reivindican legalmente a Lorena. Perversamente, sin embargo, a pesar del éxito legal del equipo defensor, la defensa de Lorena fue también una traición en su complicidad con los supuestos racistas de la fiscalía y la sociedad racista en general.

En la batalla entre la vida y el pene, la vida habrá ganado la batalla legal pero la mirada imperial ganó la batalla simbólica que mantiene a sus otros en un espacio falo-dominado, patologizado y racializado. Hay una crítica de la violencia por género, pero es una crítica ambivalente en la medida que se establece a costa de patologizar a Lorena y reificar un imaginario colonial moderno que recoloniza a Lorena. En este sentido, el juicio marca un momento de reintegración de la ideología hegemónica dadas las reinscripciones problemáticas (neo) coloniales del argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada. La defensa mantiene eficazmente a Lorena fuera de prisión, pero a costa de reificar tropos culturales de racismo y sexismo profundamente enraizados.

Independientemente de lo que realmente creía la defensa, la pregunta y punto crucial de este debate es: ¿Podía la defensa haber ganado el caso sin depender de los mencionados estereotipos racistas y sexistas? Lorena como trabajadora inmigrante inexperta, sin historial de activismo político y quien expresó culpabilidad y arrepentimiento por sus acciones, logró poco apoyo y mayormente condena por parte de las élites intelectuales (feministas) en Estados Unidos. Los partidarios de Lorena que lograron visibilidad en los medios no incluían figuras públicas legítimas sino que se mantenían dentro de los confines de reacciones populares que a menudo resultaban sórdidas y al margen de la sociedad.⁵⁰ Dada la ausencia de presión legítima externa, la pregunta es si los abogados de Lorena pudieron haber articulado una narrativa que no la patologizara dentro de límites de la ley y que fuera igualmente efectiva en dejarla en libertad. Quizás no, pero creo que es importante señalar cómo las decisiones legales en torno a la narrativa desarrollada por la defensa participaron o no en los prejuicios ideológicos que subyacieron al juicio.

.....
 50 Linda Pershing, “His Wife Seized His Prize and Cut it to Size”: *Folk and Popular Commentary on Lorena Bobbitt*, 8 NWSA Journal 1, 16 (1996). Además, cuando había apoyo, tendía a ser en la línea de la victimización. Ehrenreich veía a Lorena como “una mártir más en la historia larga y llorosa de violación y abuso de las mujeres”. Melissa Deem, *From Bobbitt to SCUM: Rememberment, Scatological Rhetorics, and Feminist Strategies in the Contemporary U.S.*, 8 Public Culture 511, 517 (1996).



No es mi intención subestimar la importancia de que Lorena saliera libre del juicio, sino mostrar cómo las estrategias, categorías y narraciones utilizadas por la defensa y la fiscalía replicaron legalmente el abuso que Lorena había soportado de su esposo.

Muchas apropiaciones populares de la saga de Lorena también reforzaron presunciones arraigadas con respecto a raza y mujeres latinas. Un análisis del humor y los chistes que surgieron en torno a la saga de Lorena revela que la raza de John Wayne nunca se menciona, reforzando la blancura ("whiteness") como la norma implícita en la sociedad estadounidense. Los comentarios sobre Lorena, sin embargo, hacen referencia a su herencia latina. "En algunos chistes Lorena, y por inferencia todas las latinas, se presenta como emotiva, irracional, impredecible, inepta o estúpida. Camille Paglia la llamó "una latina vivaz"; mientras que miembros de la población en general satirizaban su herencia lingüística [...]"⁵¹ Los medios se enfocaron en la pareja, primero, en términos de género y, segundo, en términos de etnia y raza, a expensas del aspecto de clase porque es "tan frecuentemente evitado, naturalizado o por lo demás invisibilizado en la cultura estadounidense. Los medios [...] tenían poco que decir sobre las presiones que Lorena y John confrontaron como miembros de la clase trabajadora que peleaban entre sí por sus vicisitudes económicas, en vez de cuestionar el sistema económico prevaleciente."⁵²

Las resemantizaciones de Lorena como una mujer con apetitos sexuales insaciables o como una católica devota marcan lo que Aparicio y Chávez-Silverman llaman "tropicalizaciones" hegemónicas, a través de las cuales símbolos o producciones culturales latinos se asimilan dentro de "valores más normativos y dominantes que resultan atractivos al público dominante americano, cuya recepción reafirma su dominio sobre culturas minoritarias. [...] Esta gama de temas no sólo sugiere una integración cultural, sino además su transformación en objetos de consumo más que en prácticas sociales y culturales."⁵³

Las representaciones mediáticas de las mujeres latinas se inscriben en intere-

.....
51 *Id.* a la página 5.

52 *Id.* a la página 7-8.

53 Frances Aparicio (entrevistado por Juan Zevallos Aguilar), *Latino Cultural Studies*, en *CRITICAL LATIN AMERICAN AND LATINO STUDIES* 3, 25 (Juan Poblete ed., University of Minnesota Press 2003). "Muchas prácticas culturales antagonicas son tropicalizadas de esta manera. La tropicalización hegemónica da paso a un discurso que delinea lo Latino como una otredad exótica y primitiva, el objeto de deseo de la sociedad dominante. Dichos discursos continúan expandiéndose en el turismo, la educación, el cine, la música y la literatura." *Id.* a la página 29.

ses hegemónicas que adquieren su mayor fuerza cuando más se distancian de representaciones culturales complejas y matizadas, o sea, cuando hacen un “refrito” de representaciones sobre manoseadas y estereotípicas de una sobresexualización que es distintiva de aquella utilizada para representar a los de amerindios o afroamericanos.⁵⁴ Un caso pertinente es la película *Colors*, donde el personaje de la latina fluctúa entre los estereotipos familiares de la chica buena sexualmente modesta y la mujerzuela promiscua en excitación perpetua.⁵⁵ El planteamiento de la fiscalía en el juicio de Bobbitt intentó descartar la posibilidad de violación sexual mediante el uso del tropo de la mujer latina en estado de celo constante por el hombre blanco.⁵⁶ Las latinas representan una amenaza cultural e invocan un sentido de criminalidad mediante la insinuación erótica y la agresividad sexual.⁵⁷

La sexualidad y el deseo de Lorena son expresiones culturales peligrosas y polivalentes que tenían que ser resemantizadas para domesticar sus implicaciones, manteniendo un control hegemónico sobre los excesos potenciales de los significados del acto de Lorena y obstruyendo ver sus cuestionamientos de historias raciales y coloniales de dominación. El cuerpo de Lorena se convirtió en una metáfora colonial y de género en necesidad de la regulación hegemónica de sus deseos. Lorena evoca, por lo tanto, la relación entre el cuerpo político contemporáneo y la historia de la mirada imperial. La “tropicalización” de Lorena durante el juicio se convierte en un drama sobre la “autenticidad” de lo indígena, abriendo la caja de Pandora de las obsesiones coloniales de los Estados Unidos y siendo más sintomático de las proyecciones culturales de los Estados Unidos sobre sus otredades latinas que un documento “realista” de la otredad.

El Corte más Gentil

Una de las más inquietantes “tropicalizaciones” de Lorena, luego del juicio, se reportó en el *Washington Post*. Cinco meses después de recomenzar su trabajo como manicurista en un salón de Virginia:

.....
54 Catherine Benamou, *Those Earrings, That Accent, That Hair: A Dialogue with María Hinojosa on Latinas/as and the Media*, en TALKING VISIONS: MULTICULTURAL FEMINISM IN A TRANSNATIONAL AGE 325, 326 (Ella Shohat ed., New Museum of Contemporary Art & MIT 1998).

55 Kimberly Crenshaw, *Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew*, en FEMINIST SOCIAL THOUGHT: A READER 245, 251 (Diana Tietjens Meyers ed., Routledge 1997).

56 Ella Shohat, Introduction, en TALKING VISIONS: MULTICULTURAL FEMINISM IN A TRANSNATIONAL AGE 1, 23 (Ella Shohat ed., New Museum of Contemporary Art & MIT 1998).

57 María Hinojosa in Benamou, *supra* nota 55 a la página 339.



ha estado abarrotada de clientes – muchos de ellos hombres. [...] .

Su patrono, quien ha visto su negocio incrementar desde que Lorena Bobbitt se unió a la empresa, estuvo listo [para ser entrevistado]. "Cuando la gente llega, piden específicamente a Lorena para que les haga sus uñas [...]. La pobrecita no tiene descanso." [...].

Desde que Bobbitt se incorporó a Illusions, dijo Wheeler (el dueño), la curiosidad sobre ella atrae muchos clientes, particularmente hombres que se regalan entre sí certificados para una sesión con la celebridad local.⁵⁸

Esta fue la máxima fantasía sexual de sumisión racial y sexual. Del "corte más cruel," ⁵⁹según reportado luego de que Lorena le cortara el pene a John Wayne, al corte más gentil de todos los cortes, del afilado cuchillo que cercena a las cuidadosas tijeritas que acicalan, de la mordida al ladrillo, los utensilios para cortar de Lorena se templaron para dar placer a los hombres, quienes intercambiaban certificados de regalo para ser acicalados por la mujer más "peligrosa" del planeta. El corte de Lorena ya no era con un cuchillo que cercenaba la autoridad masculina sino con tijeras de manicura que restablecían la supremacía masculina en una fantasía de sumisión gratificada.

.....
58 Leef Smith, *Lorena Bobbitt: A Favorite Among Men in Salon Set*, The Washington Post, May 15, 1995, a la página D03.

59 *Supra* nota 2.

BIBLIOGRAFIA

AMSTERDAM, A. y HERTZ, R. (1992): "An Analysis of Closing Arguments to a Jury", en 37 N.Y.K. Sch. L. Rev., pp. 55-58.

AMSTERDAM, A. y BRUNER, J. (2000): *Minding the Law*, Harvard University Press.

APARICIO, F. (2003): "Latino Cultural Studies", en POBLETE, J., ed. (2003): *Critical Latin American and Latino Studies*, University of Minnesota Press.

ARENDT, H. (1992): *Eichman in Jerusalem*, Penguin Books.

BENAMOU, C. (1998): "Those Earrings, That Accent, That Hair: A Dialogue with Maria Hinojosa on Latinos/as and the Media", en SHOHAT, E. ed. (1998): *Talking Visions: Multicultural Feminism in a Transnational Age*, New York Museum of Contemporary Art & MIT.

CARLSON, M. (1996): *Performance: A Critical Introduction*, Routledge.

CRENSHAW, K. (1997): "Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism", en TIETJENS MEYERS, D. Ed. (1997): *Feminist Social Thought: A Reader*, Routledge.

COOPER DAVIS, P. (1991): "Contextual Legal Criticism: A Demonstration Exploring Hierarchy and 'Feminine' Style", en 66 NYU L. Rev., pp. 1635-1643.

FEIGENSON, N. (1999-2000): "Legal meaning in the Age of Images: Accidents as Melodrama", en 43 N.Y.L.Sch. L. Rev., pp. 741-745.

FELMAN, S. (2002): *The juridical unconscious*, Harvard University Press.

FILETTI, J. (2001): "From Lizzie Borden to Lorena Bobbit: Violent Women and Gendered Justice", en *Journal of American Studies* Núm. 35.

KANE, P. (1994): *The Bobbit case: transcripts of the sex trial that shocked the World*, Pinnacle Books.

LAÓ-MONTES, A. (2001): "Mambo Montage: The Latinization of New York City", en LAÓ-MONTES, A. y DÁVILA, A., eds. (2001): *Mambo Montage: The Latinization of New York City 1*, Columbia University Press.



LIMBAUGH, R. (1994): "No Tears for Lorena", en *Newsweek*, 24 de diciembre de 1994, p. 56.

MOYA, P. y SALDÍVAR, R. (2003): *Fictions of the Trans-American Imaginary*, 49 MFS Modern Fiction Studies.

PERSHING, L. (1996): "His Wife Seized His Prize and Cut it to Size", en *Folk and Popular Commentary on Lorena Bobbit*, 8 NWSA Journal 1.

POBLETE, J. (2003): "Introduction", en POBLETE, J., ed. (2003): *Critical Latin American and Latino Studies*, University of Minnesota Press.

QUIJANO, A. (1992): "Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas", en *Encuentro internacional: José Carlos Mariátegui y Europa. El otro aspecto del descubrimiento 167*, Amauta.

QUIJANO, A. (2000): "Modernity, Identity and Utopia in Latin America", en *Walter D. Mignolo, local histories, global designs: coloniality, subaltern knowledges and border thinking*, Princeton University Press.

SCHARGER, S. (1999): *The Trial Lawyer's*, Temple University Press.

SCHECHNER, R. (2002): *Performance Studies*, Routledge.

SMITH, L. (1995): "Lorena Bobbit: A Favorite Among Men in Salon Set", en *The Washington Post*, 15 de mayo de 1995, p. D03.

TURNER, V. (1974): *Social Dramas and Ritual Metaphors*, Cornell University Press.





PERSONA, CONDICIÓN CIVIL Y GÉNERO, IGUALDAD (las reformas pendientes)¹

*M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera
Catedrática de Derecho Civil
Universitat Autònoma de Barcelona.*

Planteamiento general. El principio de igualdad.

Las modificaciones legislativas más llamativas de las últimas décadas se han producido en torno a la situación y consideración jurídica de la persona. En general con referencia a determinados grupos, la intervención del legislador ha tomado como fundamento principios, derechos fundamentales y conceptos universales: La igualdad y la libertad, valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE, también art. 14 CE); la dignidad, los derechos inherentes inviolables de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, elementos que se erigen “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10 CE). La intervención del legislador ha incidido bien en la modificación, reforma o derogación del cuerpo normativo anterior, bien en la creación de normas (leyes) nuevas. Lo que ha desembocado en mandatos particulares cuyo contenido especial está ordenado para aplicarse a colectividades de personas que tienen determinadas condiciones, cualidades o están en situaciones que por su carácter reiterado merecen atención.

Las modificaciones jurídicas y la persona

En general, una parte importante de las reformas legislativas, a la par que han dado cumplimiento a los mandatos constitucionales, han supuesto la creación de nuevos términos y regímenes jurídicos en los que se toma en consideración a la persona íntegramente. La integridad supone, de una parte, la consideración de las circunstancias, dignas de atención, que impiden o dificultan el desarrollo de la persona para darles cabida en su conceptualización jurídica; de otra la adopción de medios, medidas e instrumentos jurídicos adecuados que mejoren la configuración de los sujetos de derecho. Identificación y fijación de los datos, de las cualidades y circunstancias, que son relevantes que, aunque dependen de la política legislati-

.....
1 Esta aportación se incardina en los trabajos de investigación del Grup NOVIT (UAB) dentro del Proyecto (SEJ2007-60834) *No discriminación y persona*.

va tienen como punto de referencia los conceptos² y los valores sociales. En esta ponencia interesa detenerse y aportar índices para la calificación jurídica de la persona, sus condiciones, y estatus.

El Artículo 1 (*Objeto de la Ley*), de la *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujer y hombres* (en adelante LOIMH) dispone: "1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes" y, al describir la finalidad indica que "(...) tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria". Agrega (apartado 2) que la Ley, "establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo". El ámbito es amplio, por la finalidad proclamada y por su fundamento en los mandatos constitucionales, alcanza a todas las personas³ y particular, a la vez especifica el principio constitucional de igualdad por razón de sexo (art. 14 CE).

Un derecho (principio) de igualdad adjetivado como "*efectiva*" respecto de la condición hombre /mujer que dota de fuerza y denota, de una parte la búsqueda de la igualdad real, verdadera, no solamente nominal, de otra, de la que se persigue su eficacia es decir la adecuación de los medios, medidas y derechos al fin.

La igualdad "*efectiva*" entre hombre y mujer se erige en un principio informador del ordenamiento (art. 4 LOIMH), lo que conduce, a la hora de estudiar el panorama jurídico en el que se aplica, a plantearse sus caracteres.

Igualdad principio informador

En una primera aproximación al principio de *igualdad "efectiva" entre hombre y mujer*, se percibe que la intención del legislador ha sido más que la

.....

2 Entendido el concepto como la representación universal abstracta de una materia u objeto.

3 Artículo 2. LOIMH (*Ámbito de aplicación.*), en el que se dice:

"1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia."



de innovar, la de dejar patente, aclarar y, a la vez concretar el principio de igualdad que ya se contenía en otros preceptos legales, que pertenecen a distintas materias y ámbitos, aplicados al factor género (hombre / mujer). Dicho con otras palabras, de los preceptos que componen la LOIMH no se sigue, como hubiera sido quizá deseable y esperable, una configuración propia, innovadora, del principio / derecho de igualdad, sino su especificación y, por supuesto, la creación de principios de actuación y medidas concretas que atañen a todos los poderes, sea cual fuere su naturaleza, y que se extienden a todos los ámbitos y sectores y derechos y deberes que afectan más al ámbito público que al privado (arts. 1.2 y 2 LOIMH). Es el ámbito del derecho privado el que ha quedado fuera de la ley y el más necesitado de reforma, aunque en las grandes declaraciones generales, las de los preceptos contenidos en el título preliminar (arts 1 y 2) y los del título I (arts. 3 a 13), sí se haga mención expresa del mismo. En realidad, como es sabido, interesaba al legislador más el explicitar las políticas de actuación pública, el ámbito público y el laboral / funcional que el sector privado; probablemente porque es primero la conciencia de los poderes públicos que la de los, llamémosles así, poderes privados en los que la ley actúa como límite.

La Exposición de Motivos de la Ley, justifica el porqué de decantarse por proyectar "(...) el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad", debido a "(...) la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto". La distribución sistemática de la norma revela un menor contenido del esperado y el carácter programático del principio delimitado. De todas formas, junto al valor programático, destacan dos datos:

1º.- El *reforzamiento de la calidad de derecho relacional* que es el de igualdad cuyo contenido se desarrolla junto a las situaciones jurídicas particulares y que, ahora, recibe un refuerzo adicional: se aplica a las situaciones jurídicas de contraste entre hombre / mujer; valores androcéntricos / femeninos.

Desafortunadamente, parece que el desarrollo del principio en la ley, aun considerándolo, deja al margen, el ámbito de derecho privado, incluso el que se refiere a la definición de la situación /estatus jurídico de las personas o a la relación familiar o de grupo. Lo que no debe interpretarse como una renuncia del legislador pues no lo puede hacer sino al contrario como una llamada a él para que cumpla con el mandato.

2º.- *El impulso a la adopción de una determinada conducta: la obligada revisión de los conceptos y reglas jurídicas que se comprenden en los ordenamientos jurídicos civiles vigentes. Y de los términos – los valores y la redacción de las normas.*

Esta constatación deriva tanto del propio carácter del derecho de igualdad, que es relacional, como se ha indicado, lo que implica que se hayan de tener en cuenta, como bien recuerda el texto de la ley, cualquiera situación y cualquier ámbito, como de la transversalidad que se predica del mismo. En general, en el ámbito del derecho privado, la labor pendiente, que se ha de emprender con urgencia, a la luz del principio de igualdad es replantear los conceptos, términos y valores que son el contenido de las normas jurídicas: las que afectan a la configuración de la persona como sujeto de derecho en su dimensión individual, las de convivencia en grupo, las de relación (jurídica), los poderes y deberes jurídicos.

De los artículos de la LOIMH interesa, hacer hincapié en el artículo 4, que se titula. *Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.* Se dice en éste: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. El precepto transcrito es uno de los más importantes, a mi parecer, de la LOIMH pues, a la vez que impone un mandato, califica un principio general del ordenamiento, el de igualdad, y lo hace ceñido a un ámbito determinado.

Los textos de referencia y los datos

El principio de igualdad se contiene en los textos fundamentales, internacionales y europeos, en declaraciones generales, como *la Universal de Derechos Humanos* (1948), o, por citar el más específico, *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (diciembre de 1979).

En el ámbito de la Unión Europea, además del antiguo art. 111 del Tratado de Roma, cabe mencionar que, ya desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999), la igualdad entre hombres y mujeres se erige como un principio rector de la misma. La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (diciembre de 2000), se refiere al principio de no discriminación en *artículo 21.1y en el artículo 23* específico sobre la *igualdad entre hombres y mujeres*: “la igualdad entre hombres y mujeres se garantizará en todos los ámbitos, incluidos la



ocupación, el trabajo y la retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado". A ello se agrega el *Tratado de la Constitución Europea de Lisboa (2007)*, en cuyo artículo 1 bis se indica "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad". La igualdad de género se califica por la Comisión como "derecho fundamental, un valor común de la Unión Europea y una condición necesaria para alcanzar los objetivos de la Unión Europea de crecimiento, creación de empleo y cohesión social"⁴.

La garantía del trato igualitario entre la mujer y el hombre, y la defensa de los derechos civiles y humanos, en particular, de la mujer, se erigen en pre requisitos esenciales que se exigen a todos los estados que se adhieren a la Unión Europea⁵. No debe olvidarse el completo bagaje legislativo y la tradición social – práctica.

En lo que afecta a nuestro orden constitucional, se ha comentado ya, el principio de igualdad se enuncia en el artículo 14 Constitución española (1978) y en general la mayor parte de los Estatutos de Autonomía reiteran el principio constitucional y asumen competencias exclusivas en lo que atañe a la promoción de la igualdad de la mujer en base a las que, algunas CCAA han promulgado Leyes específicas. Así ha sucedido en las dictadas por la Comunidad Foral Navarra (Ley 33/2002, 28 de noviembre de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), la Comunidad de Castilla y León (Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), la Comunidad Valenciana (Llei 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad de mujeres y hombres), la Comunidad de Galicia (Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres), la Comunidad del País Vasco (Ley 4/2005, 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres) y la Comunidad de las Islas Baleares (Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer).

.....
4 "Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006 – 2010" en *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 1 de marzo de 2006, COM (2006) 92 final, {SEC (2006) 275}, p.2.

5 *L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union européenne* (COMISIÓN EUROPEENNE, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Unité G1., Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005) p.31.

Los *datos* que se extraen de los textos aludidos de cara a la caracterización del sexo (género) como cualidad de la persona resumen en:

- a) *El concepto de persona debe responder a la división de género.* Las mujeres son *sujetos* que actúan y participan en la vida de la sociedad
- b) *La personalidad jurídica es inherente a toda persona con independencia del sexo.*
- c) Reconocer *la individualidad de los sujetos comporta considerar el género* en todos los ámbitos.
- d) *La dignidad de la persona y el libre desarrollo* de la personalidad, se predica de todos, incluidas las mujeres, lo que obliga a prestar una *especial atención a los asuntos y materias propios y aquellos en los que se la discrimina.*
- e) En *esfera personalísima*, la pertenencia a un género es un dato de individualización e identificación jurídico que justifica las normas y medidas diferentes para uno y otro sexo.
- f) En el ámbito de *las relaciones jurídicas* el género determina reglas para las relaciones personales y familiares.
- g) En lo que afecta al *ámbito económico*, el género es importante sobre todo en lo que afecta al ejercicio efectivo de los derechos en orden a la consecución de un patrimonio, en la participación en las relaciones contractuales y reconocimiento (atribución de valor) del trabajo.
- h) *La condición femenina no es justa causa de pérdida patrimonial* (o no reconocimiento).

Estado civil - Condiciones civiles emergentes.

La referencia al género, a la igualdad del hombre y la mujer, obliga a replantear la calificación jurídica de la persona desde la perspectiva civil. No debe olvidarse que el concepto de persona, sus cualidades, los atributos y condiciones personales que son considerados jurídicamente, son el punto de partida de toda norma jurídica, del *ius*, en tanto que es el sujeto por excelencia. La persona física con personalidad civil, sujeto de derecho (arts. 29, 30 CC), a la que se atribuyen y reconocen derechos y que actúa en todos los ámbitos jurídicos y económicos.

En el momento de delimitar el sexo (el género) como dato que se predica de la persona y que es, a su vez, factor de regulación, bajo el principio de la igualdad, es necesario recordar conceptos comunes del derecho de la persona y contrastarlos con la realidad presente. A la luz de éstos será posible formular la calificación adecuada de las modificaciones normativas y



proponer las reformas que se han de efectuar. Una adecuada comprensión de los conceptos jurídicos base es muy importante para evitar, precisamente, el efecto de desigualdad o discriminación que las nuevas normas pretenden erradicar.

Estado civil

En técnica jurídica privada (Derecho Privado) la existencia de una normativa específica, propia y distinta, en la que el factor tomado en cuenta por el supuesto de hecho de la norma sea un determinado dato personal, se acostumbra a explicar desde el concepto *estado civil*. Un *estado civil* que se entiende como *la cualidad jurídica personal que determina un conjunto de reglas jurídicas que dan razón de la situación de la persona en el ordenamiento jurídico y de la que se derivan importantes consecuencias*.

El concepto primigenio de estado civil se ligaba a la pertenencia a una clase determinada, y a la diferenciación. En el devenir de la sociedad y los principios, la persona individual y sus derechos van ganando terreno, sobre todo a partir de la codificación civil, iniciada en el s. XIX, y paulatinamente se sustituye la noción de clase por la justificación de la discriminación en otros datos que merecen relevancia; en especial, a lo largo del siglo XX se pone el acento en la manera en que el dato personal afecta a la capacidad de obrar de la persona⁶.

En el Derecho Privado mientras el concepto de *personalidad jurídica* que se atribuye a las personas es manifestación de la igualdad, el de *estado civil* explica la discriminación entre las personas⁷. *El conjunto de normas propias que corresponde aplicar a determinadas personas se justifica en una cualidad personal común que es tomada como elemento de la norma*. Por recordar los estados civiles: la *edad* (mayoría – minoría de edad), la *capacidad de autogobierno* (incapacitación), el *vínculo conyugal* (casado, soltero), la *filiación* (matrimonial, no matrimonial, adoptiva), la pertenencia a una CCAA *con ordenamiento civil propio* (vecindad civil), la condición de *nacional* de un Estado.

.....
6 Como es sabido, a partir, fundamentalmente, de la Revolución Francesa (la caída del Antiguo Régimen) y de la abolición de la esclavitud, la doctrina de manera unánime, ciñó el concepto de estado civil a las situaciones personales que repercuten o determinan la capacidad de obrar de la persona, donde se incluye el grueso más importante y a aquellas que definen su posición en la sociedad (fundamentalmente, la nacionalidad y la vecindad). Ver PUIG I FERRIOL, Lluís *et altri* (2001).

7 Se señala que “a partir de la Codificación, el concepto de estado civil adquiere un nuevo significado: determina las distintas situaciones en las que puede encontrarse la persona y que justifican el reconocimiento de una diferente capacidad de obrar o de una situación diferenciada de derechos y deberes, susceptibles de tratamiento unitario” (HUALDE SÁNCHEZ, 2001).

Condiciones civiles emergentes

Las normas más recientes, junto a los estados civiles tradicionales definen otras circunstancias personales cuya trascendencia, para el orden social, ha desembocado en la creación y aparición de auténticos *estatutos personales* nuevos en contraste a los tradicionales. En estas normas jurídicas el supuesto de hecho es, asimismo una situación personal pero frente a los estados civiles consolidados, son datos de los que se infiere una situación que reclama una *particular y reforzada tutela* que no se consigue con las normas existentes y en la que el índice capacidad de obrar no se tiene en consideración (ya está insito en el de estado civil).

Las normas de estos nuevos estatutos personales inciden *sobre la protección de las personas*, se agrupan según la circunstancia personal / factor de regulación y son garantistas de los derechos fundamentales de aquellas. Son manifestación de la puesta en práctica del principio de protección integral (dignidad de la persona – libre desarrollo de la personalidad, art. 10 CE) adecuado a la situación, y de las políticas sociales. En un elenco rápido, se identifican e incluyen como tales las relativas a la protección de menores desamparados, la de las personas afectadas de alguna minusvalía o discapacidad, personas de avanzada edad, mujeres maltratadas o violentadas o las personas en situación de dependencia, por recordar las situaciones que cuentan con norma especial. Pese a que la mayor parte de las leyes se incardinan en el ámbito público, sin embargo no son ajenas a los conceptos civiles básicos a los que abocan a una reformulación.

En el derecho de la persona, estas situaciones con regulación propia se denominan "*condiciones civiles emergentes*"⁸ y se colocan junto a los estados civiles. En una calificación técnica jurídica, la intervención del legislador en estas *condiciones civiles emergentes* persigue la *protección integral* de la persona a la que se cataloga en esa situación (menor abandonado o desprotegido, persona discapacitada, de edad avanzada, en situación de dependencia....). Se adjetiva la protección como *integral* ya que la pretensión es abarcar todas las esferas de actuar y ser (personal y patrimonial), y además desde lo individual se proyecta en las relaciones con los demás, pues establece pautas de comportamiento para terceros y para la sociedad. Las reglas particulares se introducen en la esfera de las relaciones personales y económicas entre los individuos, entre los unidos por vínculos de parentesco, los derivados de la unión matrimonial y no matrimonial, e

.....
8 BADOSA COLL (2002); DELGADO ECHEVERRÍA (1998); GETE-ALONSO, SOLÉ RESINA e YSÁS (2008); GETE-ALONSO y CALERA (2005); GETE-ALONSO y CALERA (2008).



incluso en las relaciones que pertenecen a la esfera íntima y comportan, además de la calificación jurídica personal (la emergente) que la identifica, las medidas de protección que se delimitan y establecen.

En inicio, en una valoración y calificación precipitada⁹, puede existir la tentación de incluir el sexo (género) y los cambios legislativos que ha provocado, en alguna de las categorías indicadas, ya la tradicional del estado civil, ya situación civil emergente. En un análisis más detenido, desde el derecho de la persona, no es esta la calificación acertada, de ahí la necesidad de continuar precisando.

Sexo – género: delimitación civil.

En la legalidad vigente *no puede mantenerse que el sexo sea un estado civil*, sin perjuicio de la individualización que comporta. Afortunadamente, desde la Constitución¹⁰, el sexo, a diferencia de lo que era lugar común en la literatura jurídica del siglo XIX y gran parte del XX, en la que se incluía entre los estados civiles pues afectaba a la capacidad de obrar de la persona, en particular a la de la mujer casada¹¹, *no debe considerarse en el elenco de los estados civiles*, sea cual sea el concepto que se mantenga de estado civil. Ya se defina como cualidad personal común que se toma como elemento de la norma y comporta un conjunto de reglas propias, ya conforme a la concepción más clásica que lo entronca a la capacidad de obrar. En la actualidad, el mandato constitucional del art. 14 veda su calificación como estado civil, ello no obstante sin perjuicio de la trascendencia de este índice (dato) del sexo, que se manifiesta profusamente en la legislación. Que no exista una categoría jurídica tradicional es una garantía para la calificación de la situación jurídica del colectivo que se incluye porque asegura la no discriminación (art. 14 CE) y por lo tanto la igualdad. Aunque, es evidente, la igualdad puede y de hecho exige normas especiales para procurar por la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, eliminar las discri-

9 Y, según se mire, incluso cómoda para quienes no están dispuestos a aceptar la evolución de las ideas y conceptos jurídicos.

10 Aunque, como es conocido, el camino hacia la igualdad ya se inició, si bien tímidamente (y no como tal sino como equiparación) hacia 1975 (fundamentalmente, en lo que afecta al Derecho Civil a través de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges).

11 Si bien no era uniforme la situación de capacidad limitada de la mujer casada, ya que en algunos ordenamientos civiles, como el catalán, no era tan amplia la restricción como en el régimen en del Código Civil al no ser necesaria la licencia marital. Aunque, también ha de decirse no por ello dejaban de existir otras más concretas, como la prohibición de avalar o afianzar al marido.



minaciones y garantizar a las personas (las mujeres), los derechos en toda su extensión, así en lo relativo a su adquisición, tenencia y a su ejercicio (*efectividad*).

La consideración anterior lleva a plantear la duda sobre si el sexo, con las nuevas connotaciones, se ha de considerar, en el orden jurídico, en el grupo de lo que hemos denominado *situación civil emergente* tal y como se ha descrito. Tampoco es acertada esta caracterización. Las condiciones personales con trascendencia jurídica, estados o situaciones emergentes tienen un denominador común que no concurre cuando el género integra el supuesto de hecho de una norma: la protección de la persona ante determinada situación de hecho (abandono, violencia, discapacidad física, dependencia...) que no afecta a la capacidad de obrar. Pese a que la protección se configure como *integral*, sólo se proyecta sobre un sector o grupo concreto, lo que no puede predicarse del género o sexo. Tanto en el *estado civil* como en *las situaciones emergentes, la condición personal que determina la normativa es relativa*, es decir toma en cuenta una característica concreta de la persona a la que se va a aplicar la norma, ya física y / o psíquica (edad, falta de autogobierno: capacidad – limitación de la capacidad – incapacidad) ya jurídica (determinación de la filiación, existencia o no de matrimonio), ya de hecho (situación de abandono, avanzada edad, violencia, dependencia, grado de discapacidad...) que es la que determina la regulación.

Si se observa con detenimiento, pese a que sólo se puede aplicar a una parte de las personas (las mujeres) con exclusión de la parte opuesta (los hombres) no tiene carácter relativo sino absoluto pues se predica de la persona (el humano)¹². Es característica innata y propia de la persona la pertenencia a uno u otro género (sexo), genético y biológico pero también psíquico (transexualidad)¹³. De ahí que, jurídicamente, como dato personal deba decirse que *el sexo sea una característica absoluta de la persona, que concurre necesariamente sin posibilidad de exclusión*.

.....
12 Vid, acerca de esta denominación Jesús MOSTERIN, (2006, págs 260 y ss) este vocablo es el mejor para designar al ser vivo. "La mayor parte de las lenguas del mundo... distinguen los dos conceptos, el de humano y el de hombre, pero el francés y el español no lo hacen, lo cual es un defecto, que aquí hemos subsanado echando mano del morfema castellano *human-*, que aparece en palabras como 'humano', 'humanidad', 'humanizar', y 'humanamente'... En el español actual, 'hombre' casi siempre se refiere al humano macho, al varón". Y concluye que "la naturaleza humana es la naturaleza del humano. El conjunto de los humanos constituye la humanidad. Lo humano es lo que atañe al humano. El humano macho es el hombre y el humano hembra es la mujer".

13 Según el filósofo MOSTERIN (2006, pág. 161), la naturaleza humana se manifiesta en el cerebro. "De hecho – indica (pág. 176) – los genes, el cerebro, las hormonas y los estímulos externos interaccionan constantemente entre sí en la producción de la conducta observada".



Del género, como cualidad personal que se tiene en cuenta por la ciencia jurídica y, por el legislador, se predica, en consecuencia, que:

- Es una *cualidad personal absoluta*
- Es *inherente* a la persona desde el nacimiento.
- *Ninguna persona puede sustraerse* a la pertenencia a uno de los géneros¹⁴.

Siempre existe asignación a uno u otro, pese a que a lo largo de la vida puedan producirse cambios, que no necesariamente han de ser a consecuencia de una intervención quirúrgica (transexualidad).

- Se sitúa por encima de las demás cualidades, características o situaciones personales que individualizan aspectos concretos de la persona. En realidad, actúa como *presupuesto previo – soporte – de las demás*.

En la *configuración legal el sexo coincide con la descripción que se hace por la ciencia biológica*, en la que se tiene en cuenta el material genético que lo determina; no obstante, la configuración legal deviene *artificial*, creación jurídica, cuando se considera la *transexualidad* para autorizar una modificación de la inicial determinación del sexo de la persona, bien sea porque se ha producido una *modificación de la apariencia física* de la persona (operación quirúrgica), bien por la constatación de la *disforia sexual* sin intervención clínica. Creación jurídica en ambos casos del sexo que se justifica (fundamenta) en la dignidad de la persona y en libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Esto es lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la *Ley 3/2007, de 16 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, en la que se permite, cumpliendo ciertos requisitos, la rectificación de la mención oficial del mismo (la que se efectuó en el momento del nacimiento).

Esta concepción del sexo como característica o cualidad de la persona, si se observa con detenimiento, difiere de manera notoria de la calificación, llamémosle histórica del mismo pero se acomoda al concepto general de

.....
 14 "El gen SRY (abreviatura de *Sex-determination Region Y*) es el que determina la masculinidad. Es el interruptor, la llave o el disparador que pone en marcha la cascada de cambios anatómicos y hormonales que hacen del embrión un hombre y no una mujer (.....). El sexo femenino es el sexo por defecto de los mamíferos, y por lo tanto el sexo humano que se desarrolla si no se hace nada para impedirlo, el sexo que se adquiere si se carece del gen SRY o si el gen SRY no funciona adecuadamente. Este gen está en el cromosoma Y. Sin cromosoma Y, y por consiguiente sin gen SRY, el embrión se convierte en hembra" (MOSTERIN, 2006, pp. 263, 264).



persona como sujeto de derecho (cf. arts. 10 CE)¹⁵, que es obligado seguir por la legislación positiva, en la que, conforme al mandato constitucional, debe configurarse con respeto o con cumplimiento del principio de igualdad (art. 14 CE)¹⁶.

Dicho de otra forma, *el concepto jurídico de persona*, de personalidad jurídica (art. 29 y 30 CC) *lleva insito el género*, lo que obliga al legislador a tenerlo en cuenta y repercute, de manera necesaria, en la configuración de las instituciones que deberían estar previstas teniendo en cuenta este dato y conforme al mismo. Es decir, sin hacer distinciones cuando no proceda, y haciéndolas allá donde el género lo reclame (igualdad material).

La constatación de que el género no es estado civil implica una obviedad; si el legislador y el jurista deben tener en consideración las concepciones sociales de un momento y los principios constitucionales por los que se rige un país, parece que huelga cualquier normativa específica en la que se haga una previsión acerca del género que no responda a su caracterización. Ocurre sin embargo que las normas jurídicas ya por la influencia del grupo político que las propone y elabora, ya por el sentir y las concepciones de la sociedad de un momento histórico no recogen aún la evidencia de que el género es la *summa divisio* de los humanos que ha de ser tenida en cuenta por el legislador. Al contrario, precisamente una determinada concepción acerca de uno de los géneros (el femenino)¹⁷, avalada por un acervo importante cultural, social y religioso, *ha propiciado, a lo largo de la historia un configuración legal en la que se parte de la situación inferior o subordinada del género femenino*, hasta la consideración de especialidad que comporta el estado civil. Evidencia que se rastrea en las normas, pese al tiempo transcurrido, que es la que impulsa la necesidad de modificación de la perspectiva legal y de las concepciones de las instituciones.

Las circunstancias, el entendimiento del contenido de las normas en el que se parte de una concepción no superada (visión masculina) obligan a dictar normas especiales ya para ámbitos y relaciones concretas, ya más

.....
15 Sobre el concepto de persona y su función en el Derecho, me remito a M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (1993).

16 Indica la Exposición de Motivos de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, que "La transexualidad, considerada como un cambio en la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y la patología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas".
17 O, visto desde el otro, una concepción determinada del género masculino como preponderante, actor – sujeto principal en el ámbito jurídico (norma y tráfico).



generales, como la LOIMH, a fin de extender el certificado de defunción definitiva de la panorámica jurídica anterior¹⁸.

Del sexo debe *diferenciarse la orientación sexual*¹⁹ de las personas, circunstancia o atributo que, también ha originado importantes modificaciones legislativas con repercusión en instituciones jurídicas del derecho de la persona y del derecho de familia. Baste recordar la configuración actual del matrimonio (ex reforma de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). La orientación sexual de la persona es independiente del sexo genético, biológico o adoptado (supuesto de transexualidad) que aquella tenga, que no se discute o cuestiona, como sí ocurre en la situación de transexualidad. La orientación sexual, desde el punto de vista jurídico, es en realidad una conducta en la esfera de las relaciones personales, que debe ser respetada por formar parte del libre desarrollo de cada uno y que no debe ser objeto de discriminación, pero en la que no concurre el dato absoluto que sí se da en el género (sexo).

El concepto de género que se ha delimitado *supra* es manifestación de la aplicación del principio de igualdad entre las personas, más en concreto de la no discriminación entre hombres y mujeres.

Las propuestas de modificación

Los cambios legislativos habidos y por haber, en política de género han de procurar *por la instauración de un concepto de persona, en el ámbito jurídico* – como sujeto de derechos – *que, efectivamente responda a la división de género que se deriva y marca la naturaleza y sin que ello suponga discriminación. Una división del género que, jurídicamente no tiene porqué ajustarse siempre a la naturaleza (admisión de la transexualidad).*

En el ínterin, hasta llegar a la perfecta adecuación entre lo que nos viene

.....
18 De algún modo, aunque salvando las distancias, como ocurrió cuando el importante movimiento de la codificación y el concepto de persona.

19 MOSTERÍN (2006) (pp. 69 y 70) "Desde un punto de vista conceptual y científico, hay que distinguir claramente entre la reproducción (la producción de un organismo del mismo tipo que el reproductor), la sexualidad (el intercambio y recombinación de los genes), el sexo (el ser macho o hembra), el erotismo (la obtención de placer, excitación y relajación mediante tocamientos y otras interacciones relacionadas con conductas que a veces conducen a la reproducción) y la crianza (el cuidado y la alimentación de las crías) (...). Los homosexuales pueden practicar el erotismo y a veces pueden llevar a cabo la crianza, pero lo que no pueden hacer nunca entre ellos es ejercer la sexualidad o reproducirse. En cualquier caso, el erotismo y la crianza son desarrollos relativamente recientes (a escala evolutiva). La sexualidad y la reproducción, por el contrario, son aspectos profundísimos de la naturaleza humana (...) están íntimamente asociados con las fuentes primigenias de la vida y la evolución".

dado, las políticas legislativas se encaminan a la meta a través de modificaciones parciales, mediante la previsión de acciones, establecimiento de derechos, instauración de medidas... Hasta la reforma completa se habrá de echar mano del mandato del art. 4 LOIMH, al carácter de principio general del principio de igualdad como informador del ordenamiento jurídico, al que ha de acudir el juez para integrar (llenar lagunas) e interpretar las normas (art. 3 CC). Labor inexcusable de quien ha de aplicar las normas.

En general, por lo que afecta a las leyes civiles queda mucho camino por recorrer pues permanece esa visión, valoración, punto de vista unilateral a la hora de formular la institución jurídica, la regla. Y aun se mantienen términos androcéntricos.

Las propuestas de modificación implican llevar a cabo una revisión profunda de los preceptos civiles, en particular, como se ha comentado, para trasladar el concepto de persona.

Haré relación de algunas cuestiones más relevantes en el derecho de la persona para dar paso a la discusión:

- Conviene redefinir *los requisitos de la personalidad civil*: arts. 29 y 30 CC, son los primeros sobre los que se ha de llamar la atención. Deben formularse de otra manera, no sólo porque están desfasados y por la incorrección del lenguaje (el feto), sino porque es contrario a la dignidad de la mujer suponer que pueda concebir un embrión que no tenga "figura humana".

- Entre las condiciones /situaciones de la persona que habrían de tenerse en consideración para atribuir o quitar derechos o para establecer un régimen especial, destaca la *violencia de género y la violencia doméstica*. Llama poderosamente la atención que no se hayan puesto al día, para incluirla, en los preceptos en sede de atribuciones gratuitas (donaciones) y en el derecho de sucesiones, aunque en el derecho civil catalán sí se toman en consideración.

- Conviene, en general replantearse las situaciones de convivencia no matrimonial y su estatuto jurídico como unión y respecto a los hijos.

- La organización, configuración de los grupos familiares, su caracterización, la eliminación de los roles preconcebidos, la igualación en las responsabilidades de las tareas familiares, cargas y en el ejercicio de las funciones sobre los menores de edad y los incapacitados son reformas urgentes.

- Finalmente, convendría una adecuada y completa regulación jurídica de la maternidad.



BIBLIOGRAFÍA

BADOSA COLL, Ferran (2002): *Manual de Dret Civil Català*, Barcelona – Madrid, Marcial Pons.

BALLESTER PASTOR, Amparo i BALLESTER CARDEL, María (2008): “Significado general y conceptual de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujer y hombres” en SALA FRANCO, Tomás (2008): *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujer y hombres*. Madrid, La Ley.

BALLESTERO, María Vitoria (2006): “Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 59-76.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1990): “Principio de igualdad y Derecho Privado”. *ADC*, Abril- Junio, pp. 369 y ss.

COMISIÓN EUROPEENNE (2005): « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union européenne ». Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Unité G1., Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006): “Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres”, Bruselas, 22 de febrero de 2006, COM (2006) 71 final.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, (2006): “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006 – 2010”, Bruselas, 1 de marzo de 2006, COM (2006) 92 final.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (eds.) (1998): *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Volumen 2, Madrid, Dykinson.

GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2005): “La violencia de gènere: La configuració de l'estatus en la Ley orgánica 1/2004. Perspectiva civil” en GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2005): *Dona i Violència*, Mataró, Cálamo. Producciones Editoriales.



GETE-ALONSO, M^a del Carmen (1993): "Persona y Derecho" en *Cuadernos Jurídicos*. Año 2, Nº 11, septiembre.

GETE-ALONSO, M^a del Carmen (2008): "Condición civil de la persona y género" en *Actualidad Civil*, núm. 11.

GETE-ALONSO y CALERA, M^o del Carmen; SOLÉ, Judith e YSAS SOLANES, María (2008): *Derecho de la Persona vigente en Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MOSTERIN, Jesús (2006): *La naturaleza humana*, Madrid, Espasa Calpe.

PUIG I FERRIOL, Lluís, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier (2001): *Manual de Derecho Civil: Tomo I: Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 3^a ed.



EL DERECHO COMO CREADOR DE IDENTIDADES DE GÉNERO ESTIGMATIZANTES Y OPRESIVAS: EL CASO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PROSTITUCIÓN

Daniela Heim

*Investigadora del Grupo Antígona
Universitat Autònoma de Barcelona*

Introducción

Hace treinta años, el derecho era acusado por numerosas corrientes feministas de ser ciego frente al género (Smart, 1989, 2002). En la actualidad, y gracias a los renovados intentos de utilizar el derecho a favor de las mujeres y de instrumentarlo para eliminar las discriminaciones de género –y muy especialmente para erradicar la violencia contra las mujeres-, las cosas han cambiado (¡afortunadamente!). Sin embargo, los sistemas jurídicos contemporáneos –incluidos aquellos que intentan de alguna manera esforzarse por garantizar el derecho fundamental a la igualdad sustantiva- siguen teniendo grandes dificultades para deconstruir las categorías opresivas de género que ellos mismos crean, moldean y perpetúan, como así también para responder a una concepción autónoma de las mujeres, es decir, para entenderlas como sujetos jurídicos.

A partir de esta premisa, este texto tiene dos objetivos: 1) analizar y criticar las categorías de género que se encuentran en las normas vigentes en materia de prostitución de personas mayores de edad y 2) promover un debate profundo sobre la necesidad de crear nuevos instrumentos jurídicos, que sean capaces no sólo de eliminar las discriminaciones de género existentes, sino también de evitar la creación de unas nuevas y que éstas, a su vez, sean capaces de responder a una concepción autónoma del sujeto jurídico femenino y al desarrollo de los derechos de ciudadanía de las mujeres, suponiendo que ésta es una vía posible para mejorar su calidad de vida.

A fin de acotar el análisis normativo a la extensión requerida para este trabajo, se han seleccionado las principales normas que tratan sobre prostitución de personas capaces mayores de edad y sobre tráfico de personas para su explotación sexual a nivel estatal y, para acabar, se hace una espe-



cial referencia a la normativa local de Barcelona, en concreto, a la denominada Ordenanza Cívica de la ciudad.¹

Marco normativo global.

Desde que el régimen franquista ordenara la clausura de las casas de prostitución (mediante el Decreto del 3 de marzo de 1956) y, más concretamente, desde que en 1962 España ratificara el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), de 1949, el Estado español ha intentado llevar a cabo una política de carácter abolicionista que ha optado por mantener al margen de las sanciones penales tanto a la oferta como a la demanda de servicios sexuales a cambio de dinero².

El silencio jurídico con relación al ejercicio de prostitución propia de personas capaces mayores de edad, en la práctica se ha expresado en una mayor o menor tolerancia al fenómeno, lo que ha dado por resultado que el ejercicio de la prostitución sea más o menos visible y se desarrolle en condiciones más o menos opresivas para las personas involucradas en esta actividad y para el ejercicio de sus derechos. Entre otras variadas cuestiones, esta situación ha dependido de:

- a) la prohibición o permisión de diferentes conductas relacionadas con la prostitución (como el proxenetismo y la tercería locativa);
- b) las medidas de prevención y represión de la explotación de la prostitución ajena y del tráfico y la trata de personas para la explotación sexual;
- c) la sanción de numerosas normas administrativas, fundamentalmente del ámbito autonómico y local que impiden, regulan y/o limitan la oferta y demanda de servicios sexuales.

.....
 1 Un análisis más completo de las normas que tratan la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual se desarrolla en la investigación titulada “Mujeres en contextos de prostitución ¿sujetos de derecho u objetos de protección?”, realizada en el marco del Doctorado en Derecho Público: “Las transformaciones del Estado de Derecho desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal” de la Universitat Autònoma de Barcelona.

2 Una explicación detallada de la normativa anterior a 1956 puede encontrarse en Nicolás (2007). Por lo que respecta a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores de edad, ver en particular los arts. 187, 188.3 y 189 del Código Penal.



De esta manera, la ausencia de normas estatales (fundamentalmente de prohibición, pero también de autorización expresa) relacionadas con la oferta y la demanda de la prostitución propia de personas capaces adultas, ha convivido con una buena cantidad de normas que regulan diferentes aspectos vinculados con ambas actividades en el ámbito del derecho administrativo autonómico y local, lo cual ha generado una situación de ambivalencia jurídica que ha colocado a las mujeres involucradas en estas actividades y a sus derechos en una situación muy frágil.

Los delitos relativos a la prostitución y al tráfico de personas para la explotación sexual.

Hasta la aprobación del Código Penal de 1995, los delitos relativos a la prostitución se encontraban articulados en numerosas disposiciones penales, mal ordenadas y confusas, que se ubicaban tanto en el Código Penal como en leyes especiales con un marcado sesgo prohibicionista, como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. El Código Penal de 1995 supuso un importante vuelco en el régimen penal de la prostitución, puesto que no sólo derogó todas aquellas disposiciones sino que también ubicó definitivamente las sanciones relacionadas con la prostitución dentro del ámbito de los delitos contra la libertad sexual, relevándolas, con ello, del sesgo moral que hasta entonces las había caracterizado³.

Con el nuevo código sancionado en 1995, los delitos relativos a la prostitución de personas capaces mayores de edad quedaron limitados a las conductas de *determinar coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella* (art. 188).

Así, la nueva regulación penal dejó impune todo un conjunto de conductas anteriormente penalizadas, que suponían la facilitación de locales e in-

.....
 3 Los delitos relativos a la prostitución, así como otros delitos relacionados con la sexualidad, habían estado tradicionalmente regulados como delitos contra la honestidad. Una reforma al Código Penal de 1973 realizada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio, de actualización del Código Penal, ya había pasado los delitos relativos a la prostitución al rubro de los delitos relativos a la libertad sexual. Sin embargo, hasta la sanción del nuevo Código Penal de 1995 la regulación penal de la prostitución continuaba en la línea del derecho penal moralizador que había caracterizado el régimen penal franquista, protegiéndose, en última instancia, no la libertad sexual de las personas, sino la moral sexual del momento (Muñoz Conde, 1993). Ejemplo de ello lo constituyen numerosas sentencias que continuaban interpretando la libertad sexual en los términos con que anteriormente se interpretaba la honestidad, y que recogían la idea de la mujer como "guardián sacrificado de su virtud" (Caruso Fontán, 2006: 54).

muebles para el ejercicio de la prostitución (tercería locativa) y el lucro de la prostitución ajena (proxenetismo o rufianismo), recogidas en los distintos supuestos previstos en el art. 452 bis del Código Penal anterior. De esta manera, se intentó, por una parte, evitar los problemas de penalización de las propias prostitutas que también se dedicaran a estas actividades como así también de las personas que sin ser proxenetas en sentido estricto, dependieran económicamente de ellas (Heim, 2006). Por otra parte, se pretendió así limitar la intervención penal sólo a los supuestos de vulneración de la autodeterminación y la libertad sexual, siendo éste último el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos (Maqueda, 2008a).

En esta tarea, el Código Penal de 1995 había omitido la incorporación del delito de tráfico de personas para la explotación sexual como un atentado a la libertad sexual. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril intentó subsanar esta omisión, incluyendo este tipo penal en el apartado segundo del art. 188, y limitando el supuesto típico a los casos en que mediare violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

En aras de reforzar la lucha contra el tráfico de personas, una nueva reforma al Código Penal, se apartó definitivamente del modelo originalmente propuesto por el Código de 1995. Se trata de la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuyos fundamentos tienen su origen en las disposiciones del Consejo Europeo de Tampere⁴.

Esta reforma del 2003, en cuanto aquí nos interesa, afecta dos tipos penales:

- a) Una nueva redacción del art. 188 del Código Penal, que a la penalización de la conducta de determinar *"empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella"*, agrega la de lucrar *"explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma"*.

.....
4 Entre otras cuestiones, el Consejo de Tampere acordó actuar contra la inmigración ilegal en su origen "en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los inmigrantes" (art. 23).



- b) Un cambio de ubicación del art. 188.2, referente al tráfico de personas para la explotación sexual, que pasa a ser el art. 318 bis. 2, dentro del título relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Además del cambio de ubicación de este tipo penal, desaparece de su redacción la exigencia de que la conducta sea realizada mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, extremos que pasan a constituir una agravante al tipo básico⁵.

Por lo que respecta al añadido al art. 188.1, cabe señalar que aunque formalmente se desconocen los motivos de esta ampliación del tipo⁶, el mismo es una copia prácticamente idéntica a la del art. 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de la ONU de 1949, que propone el castigo de quien “*explotare la prostitución de otro, aún con el consentimiento de tal persona*”.

De esta manera, la regulación penal vigente retomó una larga tradición jurídica de la que parecía haberse apartado en 1995, volviendo a recrear los estereotipos de género que habían impedido hasta entonces a las mujeres que ejercían la prostitución de manera voluntaria el ser consideradas como sujetos de derechos y que les había negado su autonomía personal y la capacidad de tomar decisiones conforme a ella⁷. Asimismo, y con el refuerzo de la expresión “*aún con el consentimiento de...*”, esta nueva redacción del tipo penal previsto en el art. 188.1 del Código Penal creó una categoría muy particular de género: la de *prostituta*, imponiendo por norma una categoría diferenciada de mujer que viene definida por su negativa: lo que no debe *ser* (Petherson, 1996) y que refuerza el estigma de la prostitución, en su función de modelo admonitorio dirigido a las mujeres con la finalidad de asegurarse de que cumplan sus mandatos de género,

.....
5 El tipo básico se describe en el art. 318 bis. 1, que penaliza al que “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

6 El agregado de esta frase responde, en realidad, “a una enmienda surgida durante la tramitación parlamentaria sin reflejo en el proyecto originario ni en la exposición de motivos final (Rey Martínez, 2004: 99).

7 Si se aceptara que el consentimiento es absolutamente irrelevante “... porque nunca es posible que una persona acceda a entregar su cuerpo poco menos cabría que estimar que quien yace con esa persona se sitúa en los confines de la violación o de cualquier otra agresión sexual. Y lo cierto es que no es así, a pesar de que (...) habría que reconsiderar el calificativo que merece la conducta de quien utiliza sexualmente a una persona que sabe que está prostituida bajo amenaza de muerte y que el dinero que le entrega ni siquiera va a ser para ella” (Quintero Olivares, 2006: 194, en García Arán, coord., 2006).

incluidos los que imponen el proporcionar a los hombres sexo y cuidados de forma gratuita (Juliano, 2004).

Por otra parte, y en cuanto a la nueva redacción del delito de tráfico de personas para su explotación sexual, el hecho de la que la exigencia de la regulación anterior de que la conducta sea realizada mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, haya dejado de constituir el tipo básico para pasar a conformar una agravante del mismo, demuestra que la nueva orientación de la política criminal orientada a controlar este fenómeno asocia el tráfico de personas con la inmigración ilegal, sumándose así a la cada vez más pronunciada tendencia a tratar toda migración ilegal como tráfico. En el tema que nos ocupa, dicha tendencia tiene, además, un pronunciado sesgo de género, pues viene a considerar que toda mujer inmigrante que ejerce la prostitución es una mujer traficada, lo cual niega cualquier migración autónoma que tenga por fin, declarado o latente, la prostitución adulta ejercida por cuenta propia (Holgado, 2004; Juliano, 2004; López Precioso y Mestre, 2006) y pone de manifiesto la hipocresía de estas medidas, que más que perseguir la “integración social de los extranjeros” (como indica su título), lo que hace es crear y legitimar nuevas estrategias de exclusión (Maqueda, 2008b: 27-28).

También resulta incomprensible la nueva ubicación del delito de tráfico de personas para su explotación sexual dentro de los delitos contra los trabajadores extranjeros, desde que la prostitución no se considera un trabajo y, por tanto, no se reconoce ningún tipo de derechos derivado de esta actividad a las personas que la realizan, circunstancia que queda de manifiesto en la norma que reglamenta la Ley de Extranjería⁸, al excluir de los supuestos de autorización de residencia temporal por razones humanitarias el tráfico de personas para explotación sexual (art. 45.4.a), para quienes, no obstante, queda la restrictiva alternativa prevista en el inciso 5 del mencionado artículo⁹, cuyo limitado alcance y contenidos se comentará más adelante.

.....
8 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

9 Estos casos quedan contemplados en el inc. 5 del art. 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece: “se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o de seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.



La reforma de 2003, además de dar por tierra los esfuerzos del Código Penal de 1995 por no invadir la esfera sexual de las personas y su capacidad de autodeterminación en este ámbito, dio un giro hacia un abolicionismo que lejos de defender la autonomía personal de las mujeres que ejercen la prostitución las victimiza, anulando y desconociendo su capacidad de libertad, decisión y autonomía, convirtiéndolas en menores que necesitan protección, reinserción y no derechos (López Precioso y Mestre, 2006).

Este giro, lejos de las intenciones de ser reconducido mediante una nueva reforma al Código Penal que permitiera un tratamiento diferente de la cuestión¹⁰ o, mejor, que devolviera al Código Penal la claridad y la coherencia que tuvo en esta materia en su versión original (Maqueda, 2008a), fue recientemente ratificado por la legislatura, en oportunidad de recomendar al gobierno el refuerzo de las políticas abolicionistas de lucha contra la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual, sin dar lugar a ningún tipo de medidas que signifiquen reconocer la actividad como trabajo ni, mucho menos, reconocer derechos a las personas que la realizan (Acuerdo de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades por el que se aprueba el Informe de la Ponencia sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país, del 24 de mayo de 2007).

La Ley de Extranjería y su Reglamento.

La reforma a la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (conocida como Ley de Extranjería), llevada a cabo por las leyes 4/2000, 8/2000 y 14/2003, introdujo dos innovaciones en lo que respecta a los derechos de las personas insertadas en contextos de prostitución.

La primera de ellas, es que a partir del año 2000 desaparece la causa de expulsión que anteriormente configuraba la falta de medios lícitos de vida (prevista en el art. 26 de la ley de 1985 y dentro de la cual se incluía la prostitución). De esta manera, la nueva regulación recoge la doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que en coherencia con la jurisprudencia de su Sala Social, considera que la actividad denominada "alterne" no constituye un medio ilícito de vida¹¹

.....
10 Propuesta presentada por el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés* (Expediente del Congreso 573/000003, registrado el 19 de Abril de 2006).

11 Ver Sentencias del TS del 21 de julio de 1995, 24 de febrero de 1997, 7 de abril de 2003 y 4 de mayo de 2004, entre otras.

y que los recursos económicos obtenidos de la práctica de la prostitución tampoco pueden entenderse como tales¹².

La segunda es que -siguiendo la tendencia de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 de Naciones Unidas y sus dos Protocolos¹³- el art. 59 de la actual Ley Orgánica de Extranjería establece una excepción al régimen de sanciones, aplicable a aquellas personas que hubieran ingresado ilegalmente al país o no hubieran cumplido con su obligación de declarar la entrada al mismo y se encontraran viviendo irregularmente en el territorio español o trabajando sin autorización, sin documentación o con documentación irregular, y que hubieran sido víctimas, perjudicadas o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución.

Este artículo prescribe que tales personas quedarán exentas de la responsabilidad administrativa derivada de la Ley y no serán expulsadas del país si cumplen con las siguientes condiciones:

- a) denunciar a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico,
- b) o cooperar o colaborar con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Las disposiciones del art. 59 de la Ley de Extranjería se reglamentan en el art. 45 del Reglamento de ejecución de esta ley¹⁴, que establece los supuestos de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, incluyendo en su inciso 5) la autorización de residencia temporal para las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales o cuando concurren razones de interés público o

.....
12 Ver sentencias del 24 de julio de 1990, 1 de febrero de 1993 y 18 de octubre de 1993,, criterio también compartido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la sentencia 21516/2000 del 7 de junio de 2000, entre otras.

13 Se trata del Protocolo contra el tráfico de emigrantes por tierra, mar y aire y del Protocolo para la prevención, supresión y penalización del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños, también conocido como Protocolo de Palermo.

14 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cabe aclarar que la reciente reforma a este Reglamento, introducida por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, no afecta estos puntos.



seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Estas normas, al tiempo que refuerzan una línea de intervención más centrada en la persecución del delito que en la protección de las víctimas¹⁵, crean otra categoría de género altamente discriminatoria, que es la de víctima “inocente”, pues lo que la aplicación de estas normas exige es que, para que una víctima de tráfico pueda ser considerada como tal ante el derecho español y, en consecuencia, pueda ejercer los derechos que las leyes le conceden (como el derecho a residir temporalmente en el país), debe probar: a) en primer lugar, que ha sido traficada y, b) en segundo lugar, por quién. En otras palabras, se le exige a la víctima que pruebe su propia condición de tal, lo cual, además de presentarse como un hecho totalmente inusual e inadmisiblemente dentro de las instituciones procesales de cualquier Estado de derecho, conforma un plus de sufrimiento para la mujer, que ve cuestionada su credibilidad y su calidad de víctima de una vulneración de derechos humanos, lo cual reafirma, una vez más, la presencia en estas intervenciones del estigma que acompaña la prostitución y la discriminación que comporta.

La reciente ratificación por parte del gobierno español del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos, habilitaría una reforma de la ley de extranjería acorde con la perspectiva de protección de los derechos humanos que esta normativa propugna. No obstante, el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, acordado recientemente por el Congreso de los Diputados, sólo incorpora la posibilidad de un periodo de reflexión, mante-

.....
 15 Esta línea, impulsada desde la Organización de Naciones Unidas, ha sido altamente cuestionada por parte de las entidades de defensa de los derechos humanos, fundamentalmente porque se ha mostrado muy ineficaz para proteger los derechos de las personas víctimas de estos delitos. A modo de ejemplo, y sin perjuicio de que existe un gran desconocimiento acerca del número de víctimas de la trata de personas para explotación sexual, un informe de la Guardia Civil del año 2001 estimaba que aproximadamente unas 16.000 mujeres extranjeras se encontraban por entonces en esa situación. Sin embargo, ese mismo año se registraron tan sólo 194 denuncias de este tipo, lo que significa que sólo un 1,20% de las mujeres extranjeras fueron identificadas como víctimas de este fenómeno (García Arán, 2006:139). Estudios posteriores señalan también que a pesar del relativamente escaso número de víctimas registradas, en relación con el volumen total estimado de extranjeras ejerciendo la prostitución, lo cierto es que entre los años 2000 y 2004 tan sólo se habían registrado 48 permisos de residencia y trabajo para estas mujeres (quedando 7 expedientes pendientes de resolución), según datos presentados por Ruth Mestre en las Jornadas organizadas por el Observatorio DESC en Barcelona, los días 10 y 11 de mayo de 2005: “Drets socials i dones en la globalització. Per a una nova ciutadania” (www.desweb.org).

niendo la necesidad de que la víctima o bien denuncie la situación o bien proporcione datos esenciales o testifique en el procedimiento judicial¹⁶.

En efecto, la nueva redacción del art. 59, según el citado Proyecto de reforma de la Ley de Extranjería, reiteraría la línea de intervención de la normativa en vigor, modificándola sólo en lo que respecta a optar entre la denuncia o la cooperación. Y si bien incorpora el periodo de reflexión de 30 días y la responsabilidad del Estado de otorgar subsistencia y protección, no otorga a las víctimas de trata la posibilidad de obtener un permiso de residencia y trabajo en el país que no dependa de la investigación del delito del que ha sido víctima, de manera que no posibilita unas condiciones en las cuales la mujer pueda decidir de forma autónoma sobre su futuro. En este sentido, de llevarse a cabo esta reforma, se vería reafirmado el carácter utilitarista del control criminal, quedando relegada una protección más adecuada de la víctima y, por consiguiente, su propia valoración como víctima de una conculcación tan grave de sus derechos humanos.

La Ordenanza Cívica de Barcelona.

A finales de 2005, el ayuntamiento de Barcelona aprobó la muy comentada “Ordenança de Mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l’espai públic de Barcelona”, conocida también como “Ordenanza Cívica de Barcelona”, que entró en vigor en enero de 2006. Esta Ordenanza dispone que:

- a) *“Se prohíbe ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente servicios sexuales en el espacio público, cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público” (art. 39.1);*
- b) *“Es especialmente prohibido por esta Ordenanza el ofrecimiento, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales retribuidos, cuando estas conductas se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo” (art. 39.2);*
- c) *“Igualmente es especialmente prohibido mantener relaciones sexuales mediante retribución al espacio público”.*

.....
 16 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie, Núm. 31-1, del 1 de julio de 2009.



No podré detenerme aquí a analizar exhaustivamente todas las críticas que se pueden formular contra esta normativa, cuya ambigüedad, imprecisión y abuso de conceptos jurídicos indeterminados (¿qué quiere decir ofrecer, negociar, aceptar... directa o indirectamente servicios sexuales retribuidos cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público?), ha permitido cuestionar su constitucionalidad¹⁷, pero sí me interesa señalar que, como sucede con otras normas de similares características que se están aplicando en otras partes de España, esta Ordenanza se enmarca en una política crecientemente disciplinaria que se presenta como una auténtica “tecnología del género” (Butler, 1999) que vulnera, comenzando por el principio de autonomía personal que los sustenta (Nino, 1984), los derechos fundamentales de las personas que se perciben como riesgosas, en este caso, las mujeres que ejercen la prostitución en la vía pública (Arella y otras, 2007). En este sentido, se afirma que este tipo de normas están configurando un nuevo paradigma de los dispositivos de control (Foucault, 1975), que no se ejerce ya sobre personas determinadas, sino más bien sobre colectivos o grupos, como el de las trabajadoras sexuales y que recrea un orden simbólico donde las personas diferentes o extrañas, son percibidas como enemigas. Bajo la aparente necesidad de garantizar la convivencia, se reivindica “la defensa de un espacio público no degradado” (Maqueda, 2008a: 21), que se traduce, en una política de “limpieza” de las calles (Holgado, 2004) y que acusa un particular sesgo de género, pues recae con mayor crueldad sobre las mujeres.

Para concluir.

La legislación vigente en materia de prostitución y tráfico de personas para su explotación sexual niega a las mujeres su autonomía y su calidad de sujetos plenos de derechos. Y ello es así no sólo porque niega la posibilidad de que las mujeres capaces mayores de edad ejerzan la prostitución con su consentimiento, sino también porque niega el reconocimiento de esa actividad como trabajo y los derechos que del mismo derivan. Con esta negación, además, refuerza los estereotipos de género que contribuyen al mantenimiento de una ciudadanía sexuada (López Precioso y Mestre, 2006). Esta ciudadanía sexuada desvaloriza los trabajos de las mujeres y perpetúa las discriminaciones de género y la desigualdad (Juliano, 2004),

.....
 17 La constitucionalidad de la Ordenanza ha sido duramente cuestionada (el recurso de inconstitucionalidad presentado está pendiente de resolución), porque se considera que vulnera los principios básicos del derecho administrativo sancionador y las disposiciones de los arts. 9.3, 24 y 25 de la Constitución Española, entre otros.

expresándose, en definitiva, como un déficit de ciudadanía de las personas que ejercen la actividad y, por tanto, como un déficit democrático en la configuración del sistema de derechos vigente. Este déficit tiene un particular sesgo de género, puesto que si bien existe una cierta oferta de prostitución masculina, las personas que realizan esta actividad son en su gran mayoría mujeres (biológicas y transexuales).

La regulación jurídica de la prostitución y del tráfico de personas para la explotación sexual también refuerza los estereotipos de género por otra razón, que viene dada porque crea una categoría específica de mujer, la de prostituta, contra la cual actúa de un modo ambivalente: mientras por un lado la victimiza, desconociéndole su capacidad para decidir por sí misma (para migrar, para trabajar en la industria del sexo, para tener un permiso de residencia que le posibilite trabajar legalmente); por otro reafirma el estigma de la prostitución y la castiga, imponiéndole multas: por infracción a la ley de extranjería en el caso de las trabajadoras inmigrantes en situación irregular y por infracción a las ordenanzas municipales que prohíben el ejercicio de la prostitución en la vía pública. Esto es, no trata a la trabajadora sexual como a una ciudadana, sino como a una molestia y, por lo tanto, no la considera sujeto de derechos, sino objeto de intervención. En consecuencia, el interés de la legislación no es proteger a las mujeres sino controlarlas e impedirles que vivan su vida con libertad y de acuerdo con sus propios criterios y necesidades.

La regulación jurídica de la prostitución y el tráfico de personas para su explotación sexual, por otra parte, no sólo no tiene en cuenta la autonomía de las mujeres, sino que tampoco protege a las personas que consideran víctimas de estas conductas (sobre todo en lo que respecta al tráfico vinculado a situaciones de trata de personas) y por ello considero que estas normas responden a intereses distintos de aquella protección que falsamente invocan y que tienen que ver, entre otros, con el control de los flujos migratorios y con aspectos vinculados al orden público y la seguridad ciudadana.

Si a todo ello se suma que estas herramientas jurídicas han demostrado sobradamente ser ineficaces para combatir la trata de mujeres para su explotación sexual, la revisión de las normas que regulan la prostitución se impone, como así también se impone llegar a un acuerdo -en el seno del movimiento feminista- en la manera de entender las formas en que el derecho contribuye a crear, producir y reproducir categorías de géne-



ro estigmatizantes y opresivas, más que en la manera de entender cómo el derecho puede influir en nuestras vidas (si es que está dotado de esta fuerza). En esta tarea, no podemos descuidar el hecho de que la categoría mujer, si es que podemos así definirla, es bastante compleja, de modo que sería deseable evitar reducirla a un modelo restrictivo, como el propio modelo jurídico. Con esto quiero decir, en definitiva, que considero necesario que se eviten los modelos normativos que desconozcan a las mujeres que ejercen la prostitución como sujetos jurídicos autónomos, porque esto significa construir una ciudadanía que, como la androcéntrica, también es excluyente.



BIBLIOGRAFÍA

ARELLA, C. y otras (2007): *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Barcelona, Virus.

BUTLER, J. (1999): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, México, Paidós.

CARUSO FONTÁN, C. (2006): *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch.

FOUCAULT, M. (1975): *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI.

GARCÍA ARÁN, M. y otros/as (2006): *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares.

GARZÓN VALDÉS, E. (1988): “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?; *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (1988), edición digital, pp. 155-173.

HEIM, D. (2006): “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”; en *Revista Nueva Doctrina Penal 2005/B*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 441-467.

HOLGADO, I. (2004): *Les dones construïm poder. Cap a un procés d'empoderament per la defensa dels seus drets entre les dones treballadores del sexe a Catalunya*, informe de investigación, Línea de Investigación y Cooperación con Migrantes Trabajadoras del Sexo, Barcelona, Institut Català de les Dones.

JULIANO CORREGIDO, D. (2004): “El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones”; en OSBORNE, R. y otras (2004): *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

LOPEZ PRECIOSO, M. Y MESTRE I MESTRE, R.: (2006): *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, Valencia, Ediciones la Burbuja.



MAQUEDA ABREU, M. L. (2008a): "*La prostitución en el debate feminista: ¿Otra vez el abolicionismo?*"; en Muñoz Conde, F., Director (2008), *Problemas actuales del derecho Penal y de la Criminología, Estudios penales en Memoria de la Pfa. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MAQUEDA ABREU, M.L. (2008b): "La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales", en *Jueces para la Democracia 61*, Marzo de 2008, pp. 19-29.

MUÑOZ CONDE, F. (1993): *Derecho Penal; Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.

NICOLÁZ LAZO, G. (2007): *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.

NINO, C. (1984): *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.

PETHERSON, G. (1996): *The prostitution prism*, Amsterdam, Amsterdam University Press.

QUINTERO OLIVARES, G. (2006): "Las normas penales españolas: cuestiones generales"; en GARCÍA ARÁN, M. y otros/as (2006): *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares.

REY MARTÍNEZ, F. y otros/as (2004): *Prostitución y derecho*, Madrid, Aranzadi.

SMART, C. (1989): *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge.

SMART, C. (2002): "La teoría feminista y el discurso jurídico"; en Birgin H. y otras (2002): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Biblos.





DE IGUAL TRATAMIENTO A IGUAL DERECHO¹

Rikki Holtmaat
 Profesora de derecho antidiscriminatorio
 Universidad de Leiden
 Holanda

Introducción

Cuando me solicitaron presentar un artículo aquí, en Barcelona, el título del Congreso me convenció a aceptar la invitación, a pesar de otros compromisos que me apremiaban y consumían mi tiempo. Sentí que tenía que venir aquí para encontrarme con gente que está interesada en la "naturaleza androcéntrica del Derecho". Tenía curiosidad por saber cómo otros estudiosos feministas legales interpretarían el tema central de esta reunión. Androcéntrico significa: centrado en lo masculino. El título me hizo pensar en las tres etapas de los enfoques feministas sobre el derecho que Carol Smart describió tempranamente en 1992 (Smart, 1992/1995).

En un principio (en la década de 1970), las juristas y activistas feministas consideraban que el Derecho era *sexista*; es decir, intencionalmente opresivo para las mujeres y expresamente otorgador de privilegios para los intereses masculinos. Luego (en la década de los años de 1980), se le consideró como *masculino*, es decir, tomando la experiencia masculina como punto de partida, dado que durante años, los hombres han diseñado las leyes y (como jueces y académicos) han estado a cargo de su interpretación. Más recientemente, y aún de acuerdo con Carol Smart, los estudios legales feministas habían llegado a describir y a entender el derecho como *dotado de género*, es decir, reflejando la dicotomía del género construida social y culturalmente. A partir del título, parece que esta reunión está tratando con la supuesta calidad del derecho *dotado de género*. Tengo curiosidad acerca de las opiniones de otras ponentes con respecto a este tema. Según mi punto de vista, sería más interesante examinar y discutir la naturaleza *dotada de género* del derecho. Eso implica preguntarse de qué modo el propio derecho contribuye con el proceso de producir y reproducir los dos géneros como categorías socio-culturales opuestas. ¿Cómo podemos develar esta función del derecho y qué se necesita hacer para conseguir un cambio real con respecto a esto?

.....
 1 Traducido por Alejandro Piombo.

Los estudios feministas en el área del derecho, según mi parecer, deberían concentrarse en el aspecto de lo que ocurre si tratamos de resolver a través del derecho los problemas de todos los días que las mujeres experimentan en nuestras sociedades modernas. Tal como Carol Smart nos lo advirtió en su muy revelador libro, titulado *El feminismo y el poder de la Ley* ("Feminism and the Power of Law"), deberíamos ser conscientes del modo en que el mismo derecho (la ley) preserva las relaciones de poder que existen entre los sexos (Smart, 1989). El poder de la ley sirve para mantener el *status quo* de la dominación masculina o de la subordinación femenina. Esto significa que deberíamos examinar de manera crítica el papel "conservacional" que el derecho jugará en una situación donde de hecho se necesita que tengan lugar cambios sociales, culturales y legales; cual es el caso cuando hablamos de abolir o superar relaciones de género "desiguales". He puesto "desiguales" entre comillas pues usar la palabra "inequidad" con respecto a esto ya presenta un serio efecto des-radicalizador. Referirse al problema como un asunto de inequidad a menudo significa que la solución que se ve para ello es igual tratamiento o iguales derechos, lo que – tal como lo argumentaré en este ensayo – podría colocar el caballo detrás de la carreta!

El derecho forma parte de la construcción de la inequidad de género y, por lo tanto, quizás no sea en absoluto capaz de eliminarla. Al menos no cuando asumimos las construcciones legales ya establecidas (normas legales/procedimientos) como el punto de partida para nuestro trabajo. En cambio, deberíamos comenzar por realizar un análisis en profundidad acerca de las realidades de las vidas de las mujeres y ver cómo el derecho tal como se presenta afecta dichas vidas. A continuación, nos deberíamos comprometer en un detallado análisis de la naturaleza *dotada de género* del derecho mismo. En definitiva, el propósito de cualquier feminista que trabaje sobre los derechos legales, debería ser otorgarles a las mujeres la (mejor) posible vida humana en plenitud. Las mujeres tienen el derecho fundamental de desarrollar su completa personalidad y utilizar sus capacidades de modo tal que puedan llevar una vida significativa como seres humanos (Nussbaum, 2000). Los estudios feministas en el área del derecho, según yo lo veo, desde sus mismos comienzos en la década de 1980, están abocados a conseguir tal objetivo (Scales, 1980/1981). Al explicitar esta perspectiva normativa desde el comienzo mismo de este artículo, quiero indicar que éste es un ensayo más que un artículo académico, en el cual se están presentando nuevos e interesantes materiales de investigación, de un modo ordenado y convincente. En lugar de esto, yo presentaré algunos



puntos de vista centrales que he aprendido durante los últimos 30 años.² Esto implica un momento de reflexión sobre las experiencias pasadas y presentes, por consiguiente, preparándonos para asumir un nuevo paso hacia adelante con respecto al proyecto que llamo “estudios feministas en el derecho”. Ahora, después de haber dado una *declaración de mi misión*, presentaré una breve revisión de lo que ustedes pueden esperar del resto de este artículo.

1: Una breve discusión acerca del dominio de la igualdad en el derecho.

2: La discriminación múltiple o intersectorial como ejemplo de por qué el tratamiento igualitario fracasa en resolver la subordinación y la opresión de ciertos grupos de mujeres.

3: La necesidad de develar la naturaleza *dotada de género* del derecho y construir lo que yo denomino el *Otro Derecho*.

4: El papel que podría jugar el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (en adelante *CEDAW*, por sus siglas en inglés de *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) en este asunto.

A modo de conclusión, resumiré brevemente lo que considero como la metodología para construir el *Otro Derecho*.

El Derecho a la Igualdad y el Derecho a la Igualdad Sexual: La brecha entre el derecho y la realidad.

El principio fundamental de la igualdad humana presenta un gran atractivo, especialmente para los grupos más carenciados o discriminados en la sociedad. Presenta efectos emancipadores y habilitadores, dado que las personas –al compararse con las demás, que a sus ojos están “en una condición mucho mejor”– se alzarán contra sus opresores y demandarán igualdad o el mismo tratamiento. Algunos análisis no paran de enfatizar que la igualdad presenta un potencial revolucionario. Lo mismo ha ocurrido con el movimiento de las

.....
 2 La caracterización de este artículo explica por qué falta la general abundancia de citas al pie y referencias bibliográficas. En cambio, he escogido referir a mis lectoras y lectores a una corta selección bibliográfica de libros y artículos que, según mi punto de vista, son cruciales para comprender el modo en el que se han desarrollado los estudios feministas en derecho durante las cuatro últimas décadas.

mujeres, tanto a comienzos como al final del siglo; tal vez podríamos decir que la igualdad presenta un gran atractivo sexual (*sex-appeal*).

Sin embargo, no sólo los grupos que luchan por la emancipación de las mujeres son afectos a la igualdad. Las y los abogados, según mi experiencia, también están en gran medida a favor de este principio. La igualdad es un principio general del derecho y, a la vez, es una herramienta capacitadora o habilitadora. Tal vez la palabra “dominio” no sea lo suficientemente fuerte como para expresar lo que yo he vivido durante los últimos 30 años; quizás debería hablar acerca de un *paradigma* que evita que las y los abogados, las y los activistas y las y los políticos presten atención a los “problemas de las mujeres” (¡por usar una jerga legal neutral!) desde otra perspectiva.

Cuando soy crítica acerca del paradigma legal de nuestro tiempo y de nuestra cultura, por favor no me malinterpreten: de ningún modo pretendo decir que las mujeres no deberían tener iguales derechos. Lo que intento decir es que – considerando que la igualdad es un principio general del Derecho– resulta natural que las mujeres sean iguales en derechos³. El hecho de que las mujeres aún tengan que pelear por la igualdad y por sus derechos revela que hay una gran brecha entre el ideal de igualdad -tal como se expresa en el derecho- y las realidades de las vidas de las mujeres.

En el movimiento feminista de las décadas de 1970 y 1980, la mayoría del tiempo estas realidades no fueron descritas por medio de la palabra “inequidad”. Las feministas hablaban de opresión, violencia, subordinación, explotación y de la desvalorización de las mujeres como personas, así como de la productividad de las mismas. Hablaban de sexismo y patriarcado; y también hablaban de liberarse de la estigmatización y de los estereotipos de género. Sin embargo, cuando las demandas del movimiento de las mujeres se incluyeron en la agenda (política) de la reforma legal, casi todos estos reclamos se redefinieron automáticamente en términos de igualdad e igual tratamiento *en el ámbito del sexo*.⁴ De repente, ya no estaba en juego la *opresión* de las mujeres sino su desigualdad o, incluso más aún, su “neutralidad”: el fenómeno se redefinió como una instancia de la *discriminación sexual*. A lo largo de las líneas de la neutralidad y la

3 Cuando digo iguales derechos, en realidad me refiero a “igualdad ante la ley”.

4 Este fue el caso predominante en la esfera de los aspectos políticos, sociales y económicos, como el derecho al voto, el acceso al empleo, iguales beneficios sociales, impuestos y pensiones. Sin embargo, también en el área del derecho familiar y en la del derecho penal, el paradigma legal de la igualdad obtuvo una gran influencia. Ver los numerosos ensayos sobre el papel que la igualdad juega en esta variedad de esferas (Rosemary Hunter, 2008).



objetividad del derecho en general, estas reformas legales negaron que lo que estaba en juego era un aspecto de relaciones (de poder) desiguales entre ambos sexos, lo que resultaba en la dominación y la subordinación u opresión de las mujeres. En lugar de esto, se precisó que *tanto* las mujeres como los hombres *merecían* igual tratamiento sobre la base de ambos sexos *al ser comparados uno con el otro*. Ya no iba a ser más la abolición de la opresión de las *mujeres* la (nueva) norma legal, sino que en su lugar, la igualdad se transformó en el principio fundamental del ordenamiento jurídico occidental. La opresión no era el comportamiento que se prohibía, en cambio lo era el tratamiento desigual.

Esto se hace evidente cuando se observa la estrecha definición de discriminación de las directivas de la Unión Europea (en adelante UE) que prohíben la discriminación sexual. Esta definición se concentra en la comparación entre hombres y mujeres.⁵ Más aún, nunca se encontrará un sistema legal donde el sexismo y el patriarcado, términos predominantes del segundo movimiento feminista temprano, se “codifiquen” como conceptos legales (¡Al menos, yo no conozco ni uno!). Lo que ocurrió fue que (1) los conceptos con los cuales se describían los “problemas de las mujeres” se cambiaron a partir de los que prevalecían en el movimiento feminista (que se debatía alrededor de las palabras “subordinación” y “opresión”) por la frase “desigualdad entre las mujeres y los hombres”; y (2) el concepto que se consideró como más adecuado para resolver la llamada “inequidad” estaba exactamente en línea con esta descripción del problema: se consideraba necesario ofrecer a las mujeres más “igualdad con los hombres”, “iguales derechos”, “igual tratamiento” o “iguales oportunidades”. Esta última rama del árbol de la igualdad en el ámbito del derecho, que aún está creciendo, es supuestamente una “libre postura del derecho a la igualdad”, tal como se propuso en los recientemente proclamados “Principios sobre la Igualdad”⁶.

El movimiento feminista (de las juristas) de las décadas de 1980 y 1990 ha malgastado una penosa cantidad de tiempo y de energía trabajando sobre los problemas de igualdad e igual tratamiento. La razón de esto es que (después de que se transformaron/incorporaron sus reclamos en el paradigma de la igualdad) las juristas feministas muy pronto se vieron atrapadas en el debate acerca de la igualdad (legal) de dos modos diferentes. La

5 Recién hace muy poco esto se expandió como título, cuando el acoso (sexual) se incluyó en las directivas de igualdad de género. Sin embargo, el modo en el cual se realizó esto no es muy satisfactorio, ver Holtmaat, 2009.

6 Equality Trust, LONDON, Nov. 2008; ver <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Pages%20from%20Declaration%20perfect%20principle.pdf>

primera de estas trampas se refería a la supuesta incompatibilidad de la igualdad y la diferencia (que implica que las mujeres que abogaban por cualquier tipo de reforma legal feminista fueron presionadas para escoger entre dos posiciones opuestas): ellas no podían reclamar ser iguales y, al mismo tiempo, luchar por “derechos especiales” para las mujeres. La segunda trampa se relacionaba con la lucha por un enfoque (más) sustancial sobre el principio de la igualdad para superar el enfoque de igualdad legal formal, que (tal como casi todas coinciden) tendía a asimilar las preocupaciones de las mujeres a las necesidades e intereses de los hombres y hacía muy poco para abolir las “desigualdades reales” de las mujeres (en comparación con los hombres). De hecho, la discusión acerca de la igualdad sustancial asume como punto de partida las diferencias reales (o la diferente situación *de facto*) y desea “adjudicar” o “volver a adjudicar” estas diferencias. Sin embargo, tarde o temprano, los planteamientos por la igualdad sustancial también corren en sentido contrario de la inevitable *lógica* de la igualdad legal: las mujeres no pueden al mismo tiempo reclamar ser *iguales* y ser distintas. Ambos lados de los dos debates relacionados (similitud/diferencia + formal/sustancial) han dado largas listas de pros y contras para cada enfoque. No repetiré estos argumentos aquí; sólo quiero demostrar las deficiencias de todas estas discusiones: no están tomando como punto de partida las necesidades concretas de las mujeres, sino que parten de un principio legal abstracto (la igualdad) y, por consiguiente, luchan acerca de cómo conceptualizar este principio de un modo tal que pueda ser útil para poner fin a la experiencia de subordinación de las mujeres, su opresión o el menosprecio de la contribución de las mujeres a la existencia humana. Esto se hace claro cuando observamos el problema de la discriminación múltiple o intersectorial.

El caso de la discriminación múltiple o intersectorial

Todas las discusiones acerca de la “igualdad de las mujeres y la igualdad de la ley” caen, de algún modo, en la trampa de la simplificación de lo que “son” los hombres y las mujeres (ver, por ejemplo, Marshall, 2006 y Fegan, 1996). Se toma como precepto (a menudo no hablado) que los hombres y las mujeres, o lo masculino y lo femenino, constituyen dos categorías *fijas* y *separadas* que se pueden o bien igualar (es decir, deberían tratarse de la misma forma) o bien son esencialmente diferentes (lo que implicaría que se deberían tratar de manera distinta), o están en diferentes posiciones sociales (es decir, necesitan una acción positiva para alcanzar una “igualdad real”). Tal como nos lo ha señalado correctamente Carol Smart, una tercera



corriente de pensamiento en los estudios legales feministas ha criticado profundamente esta postura opositora, y enfatiza que se debería evitar encerrar a los seres humanos en tales categorías; en lugar de tomar a la “mujer” y al “hombre” como categorías abstractas, fijas, unificadas y naturales, las que determinan lo que ellos y ellas “son”, y consiguientemente están destinados a “ser” o “convertirse” (lo que implica: tomarlos como dos *identidades* dotadas de género), este enfoque muestra que en el mundo real, los hombres y las mujeres reales se encuentran en posiciones muy diferentes, y que su condición de vida (sus posibilidades de cumplir las promesas de una vida humana plena) no está solamente determinada por su sexo biológico. En lugar de verse a sí mismos como una unidad o un “ser” humano único, abstracto y general (mujer u hombre), las mujeres al igual que los hombres experimentan una gran variedad de diversas clases de “(des)ventajas” en la vida real, lo que jamás puede ser capturado por una sencilla esfera de no discriminación como el “sexo”. La situación real (oportunidades de vida/obstáculos de la vida) de los seres humanos como individuos se está determinando por medio de un completo rango de factores, de los cuales el sexo es sólo uno de ellos. Otros importantes “determinadotes” son la raza, la clase social, el origen étnico, el idioma, la nacionalidad, la herencia familiar, el nivel de educación, la edad, la riqueza, y la condición de la salud. Durante los últimos 50 años, algunos de estos factores han sido reconocidos como ámbitos de no discriminación; sin embargo, la legislación sobre la no discriminación regula estas esferas una a una, como “marcadores de identidad” por separado, los cuales determinan si una persona está siendo posiblemente discriminada o no. Se argumenta que las mujeres, dado el efecto simplista de la igualdad legal que se ha llegado a cuestionar y debatir seriamente por parte de las abogadas feministas, experimentan muchas clases distintas de desventajas en la intersección de varios campos de no discriminación (Crenshaw, 1989; Hernandez-Truyol, 2004).

En los dos años pasados, el reclamo de la inclusión, dentro del derecho de igualdad sexual, de lo que también en las comunidades legales políticas y positivistas (de la UE) es ahora conocido como “discriminación múltiple”, se ha hecho cada vez más notorio y de viva voz. Existe un volumen cada vez más creciente de ediciones y estudios sobre este tópico.⁷ Hasta hoy, se había conseguido un escaso progreso con respecto a esto. ¿Qué podemos aprender sobre este fracaso en relación con el modo en el cual la igualdad de sexo ha sido construida como norma legal?

.....
7 Sólo para mencionar uno (en el cual el lector puede encontrar una guía para muchas otras publicaciones): Ver Schiek, 2008.

La discusión acerca de la pregunta de cómo “acomodar la discriminación múltiple” de modo tal que (este fenómeno recientemente reconocido pueda caer bajo la consideración de la existencia de normas legales de no discriminación) revele que el derecho de igualdad sexual de la UE (y todos los sistemas nacionales que reflejan la misma construcción legal) presenta ciertas características que hacen que sea muy difícil utilizar esta legislación en el caso de la discriminación que tiene lugar en la intersección de una multitud de campos de discriminación (más los factores que aún no se reconocen como tales). Muy brevemente resumidas, las mencionadas características son las siguientes:

- El Derecho de Igualdad Sexual en la UE utiliza un concepto de identidad basado en un solo (o singular y exclusivo) campo de discriminación (es decir, el sexo); presupone que sabemos exactamente lo que significa ser “hombre o mujer” y “masculino o femenino”; y también presupone que los hombres y las mujeres concretos experimentan que su identidad sexual es el fundamental “marcador de identidad” (lo que implica decir que éste determina cómo ellos vivirán su propia persona como seres humanos).
- Aunque existe una fuerte presión por parte de ciertos grupos de opinión para tratar a todos los campos de discriminación de la misma forma y para extender la lista de los ámbitos de no discriminación o “marcadores de identidad” (o inclusive para adoptar una lista de final abierto), los diferentes campos todavía caen bajo regímenes legales diferentes; esto en parte tiene que ver con el hecho de que, según la experiencia de muchas personas, por cierto hay (y debería haber) una diferencia entre, por ejemplo, la edad y la raza, como categorizaciones que son más o menos “sospechosas” y deberían permitir más o menos espacio para usarlas para clasificar a la gente sobre esta base.
- No obstante que en Europa se puede hablar mucho sobre la “igualdad de género”, el derecho de la UE no considera al “género” como estructura cultural y social, como el punto de partida de su definición legal de discriminación, sino que tiene en cuenta las categorías biológicas de “masculino” y “femenino”; de hecho, el Derecho de la UE se refiere al sexo como una categoría *biológica* sobre la base de la cual no deberían existir clasificaciones que no se pudieran justificar. Esto de ninguna manera contempla al género como una construcción social y cultural.



- El derecho a un tratamiento igualitario en la UE se basa en una conceptualización de poder y neutral (o simétrica) del principio de igualdad sexual: el derecho de igual tratamiento no se preocupa por mejorar las condiciones de vida o por garantizar la íntegra *condición de persona* de las mujeres; en lugar de esto, les ofrece el derecho a un tratamiento igual que el de los hombres sobre la base de la igualdad. Sin embargo, la discriminación intersectorial nunca se puede reconocer ni remediar cuando no se toman en cuenta las diferencias en el poder político, económico y social entre ciertos grupos de la sociedad.
- El derecho de igual tratamiento en la UE se basa principalmente en una conceptualización formal de la igualdad. Eso implica que asume un concepto idealista y abstracto de la misma, pues su punto de partida se orienta hacia los derechos individuales (a igual tratamiento) y ve las medidas de acción o los grupos positivos o las políticas sociales apoyadas por ciertos grupos (que se encuentran entre otras basadas en la llamada categoría sospechosa, como el sexo) como una *excepción* al principio de la igualdad, en lugar de verlas como los medios necesarios para conseguir una sustancial igualdad.

El hecho de que la legislación de igual tratamiento presente una gran dificultad para lidiar con la discriminación múltiple o la intersectorial (Es decir, tiene grandes problemas para tratar con la vulnerabilidad especial ciertos *grupos* de mujeres) ilustra la ineficacia de la estrategia para la reforma legal que parte de un sistema legal ya existente, de campos fijos (sexo, raza, etc.) y de definiciones (de discriminación directa e indirecta) que existen en ese contexto. Tal enfoque se preocupa principalmente por el “ajuste” de una situación real y objetiva en las construcciones legales existentes, en lugar de comenzar por un análisis fenomenológico de los “verdaderos rostros de la opresión” de las mujeres (Iris Marion Young, 1990). De acuerdo con Young, usar este concepto de opresión revela que lo que las mujeres enfrentan es una *mezcla* de explotación, marginalización, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. Según mi punto de vista, este concepto de la opresión de las mujeres está centrado mucho más en encuadrar y prometer que en la estrecha definición de discriminación sexual que el derecho (especialmente el de la UE) nos ofrece (especialmente al padecer una desventaja particular al compararse con los hombres). Éste reconoce el hecho de que lo que tienen que combatir las mujeres no es sólo un “tratamiento desigual” o un “acoso (sexual);”⁸ sino que precisamente esta mez-

.....
8 Las dos principales instancias de discriminación que se reconocen en el derecho de igual tratamiento de la UE. Discutiré el aspecto del acoso sexual en el último párrafo de este artículo.

cla de factores opresivos hace que muchísimas mujeres, de un modo u otro –y a menudo en la intersección con otros factores, tales como la raza, o la clase social, o su condición (ilegal)–, experimenten que son incapaces de llevar una vida completa (y digna) como seres *humanos*.

La necesidad de desarrollar el *Otro Derecho*

La preeminencia de estereotipos de género en todos los aspectos de la vida humana significa que es de vital importancia no tomar al derecho tal como se da por garantido. El enfoque del *Otro Derecho*, por el que he abogado durante mucho tiempo (Holtmaat, 1989), asume como punto de partida que el derecho, al igual que cualquier otra institución o característica estructural de la sociedad y del Estado-nación moderno, está *dotado de género*. Esto implica que las estructuras y los conceptos centrales del derecho en sí mismo, reflejan un orden jerárquico de las esferas de la vida, las preocupaciones humanas, etcétera, a lo largo de las mismas líneas en que están estructuradas y jerárquicamente ordenadas las relaciones de género. La dominancia de la *norma de igualdad sexual*, presumiblemente neutral y general (u objetiva), sobre los reclamos feministas más radicales de abolición de la *opresión*, el *patriarcado* y el *sexismo*, ya es materia suficiente para ilustrar este punto. En la práctica de las luchas legales por mejorar las condiciones de vida de las mujeres, la norma formal y abstracta de igualdad procesal, en consecuencia, invalida un enfoque más sustancial y contextual sobre la igualdad, que toma como punto de partida las experiencias de la vida real de las mujeres.

Sin embargo, finalmente, tampoco el enfoque sustancial sobre la igualdad agrega demasiado como para conseguir cambios fundamentales en la construcción de las relaciones de género (¿de tal modo que el lado femenino de la dicotomía siempre está representado como el inferior o el más débil!). En todo enfoque sobre la igualdad, las diferencias (naturales o construidas) entre hombres y mujeres se toman como punto de partida; entonces, la estrategia consiste en superar estas diferencias garantizando a hombres y mujeres *iguales derechos y/o iguales oportunidades*, u ofreciendo acuerdos o programas que puedan conseguirnos la igualdad *de facto*. Por otra parte, el *Otro Derecho* está comprometido en revelar (o deconstruir) la naturaleza sistémica y estructural de la opresión de las mujeres. Escondidos detrás del velo de la objetividad y la neutralidad del derecho, los conceptos centrales y las construcciones del derecho se refieren al género. Para dar un ejemplo de esto, describiré brevemente la investigación que llevé a cabo en mi tesis doctoral (Holtmaat, 1992).



En este proyecto de investigación, exploré, por una parte, la naturaleza *dotada de género* de la construcción dicotómica del sistema social holandés en la legislación de la seguridad social, y una ley sobre la beneficencia social (básica), por otra parte. Mi investigación esclareció que el llamado concepto legal neutral, como “riesgo social asegurable” (que constituía el principal pilar de esta dicotomía), estaba cubriendo el hecho de que sólo ciertos “riesgos” que fundamentalmente experimentaban los hombres (tales como el desempleo y la discapacidad) eran cubiertos por el sistema de seguridad social. Éste se basaba en *derechos individuales e independientes*; en tanto que, por otra parte, la pérdida de ingresos que estaba causada por “hechos de la vida”, y que era sufrida en gran medida por las mujeres (en hechos como casarse,⁹ dar a luz o divorciarse), se dejó a cargo del sistema de beneficencia social de la provincia, que se basaba en *necesidades definidas con base en relaciones de parentesco*. Mientras que el primer sistema era abstracto, formal y basado en el Estado (y, por ende, se consideraba que era “objetivo”), el otro parecía ser concreto y basado en la familia (y, por lo tanto, se veía como “subjetivo”). Donde el primer sistema se refería a categorías presumiblemente neutrales, como la del “trabajador” desocupado o discapacitado; el segundo sistema era responsable de crear una nueva identidad legal, personal y subjetiva, específicamente la “madre del Estado benefactor (*Welfare State*)” (es decir, una mujer divorciada con hijos, incapaz de vivir por medio del apoyo de su ex-marido e imposibilitada de ganarse la vida). En tanto que el receptor de un beneficio social era considerado como víctima inocente de las fuerzas sociales que escapaban a su control, y, por lo tanto, era un pobre con merecimientos; la otra era responsable de su propio mal destino (casarse, divorciarse, tener hijos, todo como consecuencia de su “elección personal”) y, por consiguiente, se la etiquetaba como una pobre sin merecimientos. En todo caso, era al ex-esposo o a sus familiares a quien ella debía recurrir en primer lugar para solicitar apoyo económico; no existía ningún derecho independiente para la autorización de asistencia de mantenimiento (y tampoco existe hoy en día) para estas mujeres. El contenido del concepto de riesgo social asegurable, parece ser, se ocupaba hasta un gran punto por nociones acerca de cuál es el papel “correcto” de los hombres (como procuradores del sustento) y de las mujeres (como responsables de la procreación de la humanidad). Los primeros son merecedores de una completa protección por parte del modelo de seguridad social del Estado; las segundas, dado que no encajaban en ese modelo, fueron libradas a la compasión de sus familias (o de sus

9 No se debe olvidar que hasta comienzos de la década de 1960 fue obligatorio para las mujeres que se casaban renunciar al trabajo pago si trabajaban para la administración pública o en ciertas profesiones (tal como en educación).

ex maridos) y sólo en caso de una emergencia real fueron elegibles para una clase inferior de apoyo por parte del Estado. En otros proyectos de investigación, he examinado el concepto de empleado de acuerdo con el derecho laboral holandés, el concepto de madre en el sistema de asistencia o Estado benefactor (*Welfare State*), y la idea de propiedad matrimonial. Tales conceptos legales centrales reflejan en su totalidad construcciones estereotipadas de masculinidad y feminismo (ver, para más ejemplos de un estudio similar, Dalton, 1985).

Sin revelar esta dimensión de género de las construcciones y los conceptos legales, ningún proyecto feminista de reforma del derecho puede en ningún momento tener algún tipo de éxito en conseguir cambios para la situación de las mujeres. En mi libro concluyo que lo que se necesitaba para superar esta dicotomía dotada de género, era una completa reevaluación o reconstrucción de este sistema dual de seguridad social (Ver también Holtmaat, 1999 y 2001). Esto significa que, en segundo lugar, el *Otro Derecho debería ocuparse* en reconstruir otras o nuevas normas legales que podrían dejar más espacio o dar un crédito más positivo a la "otredad" de las mujeres. El *Otro Derecho* no se encuentra muy abocado a la igualdad como principio fundamental o como elemento legal habilitante, sino que se preocupa por encontrar un remedio efectivo contra la subordinación/opresión de las mujeres, cualesquiera sean las formas que estas asuman. Con respecto a este punto, el *Otro Derecho* no se encuentra circunscrito a la igualdad como principio fundamental, sino que también valora otros principios –como la libertad y la solidaridad. El punto central en este enfoque es que los principios y las leyes no son suficientes como para cambiar las vidas de las mujeres. La subordinación de las mujeres no va a desaparecer nunca si negamos las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, las cuales se basan en estereotipos de género y en construcciones dotadas de género, que también son las que se esconden en el mismo derecho (Eileen Fegan, 1996).

La CEDAW como la base legal para el Otro Derecho

El esfuerzo por revelar la naturaleza sistémica y estructural de las "desventajas" de las mujeres (¡de acuerdo con el lenguaje legal de equidad!) en el propio derecho y el proyecto de diseñar el *Otro Derecho*, se ha convertido en un entramado con otros importantes tejidos en mi investigación de los últimos años (Holtmaat, 2003; Holtmaat, 2004; y Holtmaat y Tobler, 2005). Durante el transcurso del tiempo, pasé mucho de él examinando la fuerza



potencial de la *CEDAW* en lo que se refiere a fomentar los derechos humanos de las mujeres. En lugar de la norma de que se debería prohibir la discriminación sexual, esta Convención explicita que a lo que apunta es la *eliminación de la discriminación contra las mujeres*. El concepto de discriminación para la *CEDAW* es mucho más amplio que el concepto (comparativo) en el derecho de la UE. Es lo que yo denomino una normativa, un enfoque de derechos humanos sobre el fenómeno de la discriminación, en lugar de un punto de vista formalista y legalista (ver también Winston, 2007). Además, la *CEDAW* no sólo abarca la llamada esfera pública, sino también la privada; cubre no solamente la privación política y socio-económica o la subrepresentación de las mujeres, sino también materias como el derecho de familia la prostitución, el tráfico de personas y la violencia (doméstica). Esta Convención, a diferencia del derecho a la igualdad sexual de la UE, pone un gran énfasis en la necesidad de una triple estrategia para erradicar *todas las formas* de discriminación contra las mujeres.¹⁰ Esta frase implica que ello no está sólo dirigido a abolir el “tratamiento desigual” de las mujeres cuando se lo compara con el de los hombres, y de allí asimilar las necesidades y las preocupaciones de las mujeres a las de los hombres, dejando intactos los patrones masculinos ya existentes. Además de eliminar todas las instancias de desigualdad anteriores y las del derecho y las políticas públicas (Art. 2), la *CEDAW* también prescribe que la situación desigual y subordinada *de facto* de las mujeres debería mejorarse (Arts. 3 y 24). Para hacerlo, los Estados parte de la Convención pueden adoptar medidas temporales especiales (Art. 4). Esto implica que la *CEDAW* aborda tanto la igualdad formal como la sustantiva. Sin embargo, el tercer objetivo de la *CEDAW* es el más interesante desde la perspectiva de desarrollar el *Otro Derecho*. Este tercer objetivo consiste en modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales que subyacen en la base de la opresión estructural y sistémica de las mujeres. En el Artículo 5º, se dice que los Estados parte en la Convención “... tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones de conducta sociales y culturales de la conducta de hombres y mujeres, con una visión que pretende lograr la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y todas las otras prácticas que se basan en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos o sobre los papeles estereotipados para los hombres y las mujeres.” Esta cláusula es una norma legal única en el área (pública internacional) del combate de la discriminación sobre las mujeres. Sobre la base de un estudio en profun-

.....
 10 Para una descripción de los tres principales objetivos de la *CEDAW*, ver la Recomendación General nº 25 (Sesión 13ª, 2004, artículo 4, párrafo 1- Medidas Especiales Temporales; ver <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>).

didad acerca de su significado y alcance, he concluido que el Art. 5° de la *CEDAW* permite una interpretación que no sólo prescribe un compromiso activo por parte de los gobiernos nacionales para abolir los estereotipos de género en los medios masivos de comunicación, y en los libros escolares, o en cualquier ámbito de la vida pública, sino que también alienta a los representantes del Estado a practicar un escrutinio sobre sus propias leyes y políticas: ¿hasta dónde contribuyen estas acciones (deliberadamente o de un modo oculto) para mejorar la posición inferior y subordinada de las mujeres? En otras palabras, el Artículo 5° de la *CEDAW* dicta (*ex post*) un análisis de género de las políticas y leyes existentes y (*ex ante*) un análisis del impacto del género de todas las nuevas leyes y políticas (Ver Holtmaat, 2004). De este modo, la *CEDAW* puede oficiar como una base legal para construir la obligación legal (del derecho público internacional) de los representantes del Estado para modificar los patrones sociales y culturales que yacen en las raíces mismas de la opresión de las mujeres, incluyendo aquellos que están inmersos en sus propias leyes y políticas.

A través de esta provisión, la *CEDAW* reconoce plenamente que las causas de origen de la opresión o la subordinación de las mujeres son puntos de vista estereotipados (inspirados por la religión/cultura y la tradición) acerca de lo que es masculino y femenino, y sobre cuáles son supuestamente las “diferencias reales” entre ambos sexos. Con respecto a esto, la *CEDAW* es revolucionaria, si se la compara con la legislación de tratamiento igualitario que deja en gran medida intactas las normas y las prácticas dotadas de género existentes, y hace muy poco más que asimilar las necesidades y las preocupaciones de las mujeres en un mundo que está dominado por preexistentes estructuras y normas dotadas de género.

Conclusión

En este artículo, argumenté a favor de revelar el carácter *dotado de género* del derecho, en lugar de verlo como androcéntrico o masculino. Para alcanzar esto, necesitamos proyectos feministas en el derecho, más que nunca antes. Estoy muy contenta de haber viajado a Barcelona; la reunión me mostró que existe, por cierto, un gran futuro para los estudios legales feministas y la teoría legal feminista. El número jóvenes y entusiastas estudiantes de doctorado que asistieron al evento resulta muy promisorio. Para concluir mi artículo, quiero resumir lo que he dicho (algunas veces entre líneas) acerca de las características de los estudios legales feministas; y cómo se puede (re)construir el *Otro Derecho*.



1. El *Otro Derecho* se basa en la experiencia de las mujeres y en la planificación de sus agendas para mejorar sus condiciones de vida. Con respecto a esto, este programa para la reforma del derecho (la ley) es contextual y concreto, y toma en cuenta todas las experiencias de las mujeres, no solamente aquellas que se refieren a sus sexos biológicos o a sus géneros construidos (socio-culturalmente), sino que también aborda factores tales como la raza, la etnicidad, la religión, etc. El *Otro Derecho* se conecta con aquellas mujeres que se encuentran en la intersección de todo tipo de circunstancias que eviten que puedan llevar una vida digna como seres humanos.
2. Los proyectos de los estudios legales feministas parten de este análisis, en lugar de hacerlo a partir de un principio (la igualdad) abstracto y formal, o de las normas y las estructuras legales existentes (como la habilitación para un "tratamiento igualitario"). Para que este análisis sea sólido y confiable, los estudios legales feministas necesitan ser interdisciplinarios desde el mismo comienzo. No podemos hacerlo sin el aporte del conocimiento social y psicológico, debemos basarnos en los estudios de las ciencias sociales acerca de cómo funciona el poder, necesitamos estudios bibliográficos acerca del papel del lenguaje en la creación de estereotipos, etcétera.
3. Los estudios legales feministas toman una normativa explícita como punto de partida para su trabajo académico/activista, la agenda feminista o el objetivo de hacer posible que las mujeres lleven una vida digna y significativa.
4. Esto no da "por hecho" o como "natural" ningún concepto o procedimiento legal como parte de lo que (supuestamente) "es" el derecho. La ley (o el derecho) es una construcción humana y, como tal, contribuye a otras construcciones de esa naturaleza. Más básico que ello, los conceptos fundacionales en el derecho, tales como la propiedad, la igualdad, el trabajo, la familia, etc., deberían revisarse a la luz de su contenido y significado *dotados de género* y de cómo contribuyen a la construcción de la dicotomía de género ya existente.
5. Esto no toma en consideración explícitamente al poder. En este enfoque feminista, el derecho es visto como un medio específico de construir relaciones de género desiguales o subordinadas, en donde un factor (la masculinidad) es el polo positivo, y el otro (la condición femenina) es el polo negativo.



6. En contra de este entorno de prestarle la apropiada atención al papel del poder, los estudios legales feministas analizan la resistencia contra el auténtico cambio social y cultural: ¿cuáles son los intereses en juego?, ¿quiénes están detentando el poder sobre las mujeres?, ¿cuáles son los remedios efectivos para “quebrar” este poder?
7. Esto no se detiene sólo en revelar la naturaleza *dotada de género* de los procedimientos y las normas legales, sino que apunta a (re)construir otros o nuevos conceptos y procedimientos legales que estén mejor equipados para contribuir a superar la opresión que sufren las mujeres, aportando nuevas construcciones legales que puedan ser capaces de sostener una verdadera y plena condición humana para hombres y mujeres.
8. La idea presenta una apertura de criterio hacia la pregunta de qué estrategia (legal) es la más útil para contribuir a esta meta en una determinada situación. Algunas veces, esto puede consistir en darles explícitamente a las mujeres el derecho a un tratamiento igualitario; y otras veces, el Derecho debería permitir/prescribir un tratamiento diferencial o medidas temporales especiales, pero la mayor parte del tiempo, se tiene que desarrollar algo completamente nuevo: un tipo de *Otro Derecho*, que haga lo correcto con los principios que se describieron anteriormente.

Debería decir que este programa nos mantendrá ocupados/as durante las próximas dos décadas. ¡Resolvámoslo entre todos y todas!



BIBLIOGRAFÍA

COOPER, D. (2004): *Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge: Cambridge University Press.

CRENSHAW, K. (1989): "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex, a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics" *University of Chicago Legal Forum* (Special Issue: Feminism in the Law: Theory, Practice and Criticism). Este artículo está reimpresso en: BARTLETT, K. T. & KENNEDY, R., eds., *Feminist Legal Theory*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press 1991, pp. 57-80.

DALTON, C. (1985): "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," *94 Yale Law Review* 1985, pp. 997-1117.

FEGAN, E. (1996): "'Ideology' After 'Discourse': A Reconceptualization for Feminist Analyses of Law", en *Journal of Law and Society* 1996-2, pp. 173-197.

HERNÁNDEZ-TRUYOL, B.E. (2004): "Querying Lawrence", *65 Ohio State Law Journal*, 2004, pp. 1151-1263.

HOLTMAAT, R. (1989): "The power of legal concepts; the development of a feminist theory of law", *International Journal of the Sociology of Law*, pp. 481-502.

HOLTMAAT, R. (1992): *To care for a right? The analysis of the political-legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink.

HOLTMAAT, R. (1999): "The issue of overtime payments for part-time workers in the *Helmig* case; Some thoughts on equality and gender", en: KRAVARITOU, Y., ed. (1999): *The regulation of working time in the European Union; Gender approach*, Brussel: P.I.E. Peter Lang, pp. 411-444.

HOLTMAAT, R. (2001): "Gender, the analytical concept that tackles the hidden structural bias of law", en: *Recht Richting Frauen; Beitrage zur feministischen Rechtswissenschaft*, Lachen, St. Gallen, Dike Verlag, pp. 159-182.

HOLTMAAT, R. (2003): "European Women and the CEDAW-Convention: The way forward", en: *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle; Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Edition Dalloz, pp. 153-174.



HOLTMAAT, R. (2004): *Towards Different Law and Public Policy; The significance of Article 5a CEDAW for the elimination of structural gender discrimination*, Uitgave Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Den Haag, Doetinchem, Reed Business Information 2004, publicado en internet en http://www.rikkiholtmaat.nl/Towards_Different_Law_and_Public_Policy.pdf

HOLTMAAT, R. en R.C. TOBLER (2005): "CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005-4, pp. 399-425.

HOLTMAAT, R. (2009): "Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Logical Step in the Evolution of EU Sex Discrimination Law or a Step Too Far?", en BULTERMAN, M. et al., eds., *Views of European law from the Mountain*, Liber Amicorum Piet Jan Slot, Deventer: Kluwer – Law International 2009, pp. 27-40.

HUNTER, R. ed. (2008): *Rethinking Equality Projects in Law. Feminist Challenges*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.

MARSHALL, J. (2006): "Feminist Jurisprudence: Keeping the Subject Alive", en *Feminist Legal Studies* 2006, pp. 27-51.

NUSSBAUM, M.C. (2000): *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press.

SCALES, A.C. (1980-1981): "Towards a Feminist Jurisprudence", en *Indiana Law Journal* 1981-3, pp. 375-444.

SCHIEK D. and V. CHEGE, eds. (2008): *European Union non-discrimination law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, London (etc.), Routledge-Cavendish.

SMART, C. (1989): *Feminism and the Power of Law*, London and New York, Routledge.

SMART, C. (1995/1992): "The Women of Legal Discourse", en: SMART, C. (1995): *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, London (etc.), Sage Publications (publicado anteriormente en *Social & Legal Studies*, 1992, p. 29-44).

WINSTON, M.E. (2007): "Human Rights as Moral Rebellion and Social Construction", *Journal of Human Rights*, 2007, pp. 279-305.



YOUNG, I.M. (1990): *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.





EL CONCEPTO SOCIO-JURÍDICO DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Noelia Igareda González

*Profesora asociada de Filosofía del Derecho
Universitat Autònoma de Barcelona*

Introducción

Este trabajo recoge las conclusiones de una investigación socio-jurídica¹ que tenía como finalidad analizar los elementos que componen el concepto de maternidad y paternidad dominante en la ciudadanía, y contrastar esta visión con la definición legal de maternidad y paternidad de los principales textos legales vigentes, especialmente aquellos que abordan la maternidad y la paternidad desde la óptica de la protección social en España². Esta exposición se ha estructurado alrededor de seis conceptos clave que han sido analizados durante la investigación: madre / padre, maternidad / paternidad, instinto maternal y paternal, los factores detrás de la decisión de tener hijos/as, la conciliación y los cuidados.

El concepto de madre y padre

Para las personas entrevistadas, **madre** es una categoría existencial de las mujeres que abarca desde el momento en que se quedan embarazadas hasta que se mueren. Constituye la máxima realización como mujer y no puede competir con ningún otro objetivo vital, porque entonces sería una mala madre, una mala mujer. Obviamente se percibe la maternidad como una característica inherente de la condición femenina, lo que lleva a pensar que su deseo de ser madres responde a una inclinación natural por el

.....
1 Investigación financiada bajo el marco del programa FIPROS, del Ministerio de Trabajo e Inmigración. La metodología del proyecto se divide en un trabajo de campo con 38 entrevistas en profundidad a madres, padres, hombres y mujeres sin hijos/as, académicos/as, representantes políticos y de la administración pública; y en un análisis cualitativo de los principales textos legales vigentes en el derecho español que abordan la maternidad y la paternidad.

2 Los textos legales analizados fueron los siguientes: Artículo 39 Constitución española, de 1978; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres; Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de Junio; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

simple hecho de ser mujer. Además a lo largo de las entrevistas, se destaca la función de pilar primordial de la madre en la constitución de la familia, y de sus definiciones de madre se desprende que ellas son quienes llevan la mayor responsabilidad en el cuidado y educación de los hijos/as.

Para la mayoría de los ciudadanos/as entrevistados, los **padres** son primero hombres, y luego además padres de criaturas, pero además se limita más el uso de padre como un adjetivo, no como una categoría, y concentrado al periodo de vida en el que los hijos/as son más pequeños. Se es un padre, más allá del ejercicio de las funciones sociales de cuidado, educación, autoridad moral, y responsabilidad sobre sus hijos. No hay un estigma social asociado a la falta de instinto paternal (a diferencia de lo que sucede con las mujeres), y por ello los padres entrevistados no tienen ningún problema en reconocer abiertamente su falta de deseo paternal.

Los textos legales analizados no utilizan los términos madre y padre. Tan sólo la Constitución española en su artículo 39³, cuando habla sobre la institución de la familia, como uno de los principios rectores de la política social y económica sobre la que se asienta el modelo estatal constitucional. Y la utilización de estos conceptos obedece más a razones del contexto histórico de la elaboración del texto constitucional (la necesidad de eliminar discriminaciones jurídicas entre hijos/as legítimos e ilegítimos, de madres según su estado civil, así como permitir la investigación de la paternidad), que a definiciones sobre el papel de madres y padres dentro la institución familiar, que por cierto, no define.

El concepto de maternidad y paternidad

De las entrevistas realizadas se extrae que el concepto de maternidad se entiende como el periodo que abarca el embarazo, parto y lactancia de las mujeres, coincidiendo casi la puesta en práctica o implementación de esta potencial fertilidad de las mujeres en una determinada edad.

Además se constata la extendida creencia de la importancia de la relación

3 Artículo 39. Constitución española (1978)

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.



y la proximidad madre e hijo/a en el desarrollo de la personalidad de la criatura, tal y como se formula en la teoría del vínculo o del apego, que demostró la importancia del vínculo madre (o figura análoga femenina) e hijos/as en el desarrollo de la personalidad y en la madurez emocional de los hijos/as (introducida por el psicoanalista británico John Bowlby, 1951).

Las mujeres entrevistadas destacan la función social de la maternidad, el beneficio que las madres aportan al resto de la sociedad por el hecho de traer al mundo una nueva vida, o incluso subrayan como esta dimensión colectiva de la maternidad no se corresponde con la visión puramente individualista que la sociedad tiene sobre la maternidad, un asunto que sólo compete a la madre que ha decidido tener un hijo/a.

Es interesante contraponer estas conclusiones con la opinión de algunas autoras que afirman la construcción histórica de la maternidad nos ha llevado a creer que el futuro hijo/a nos hará mujeres felices y/o completas (Silvia Tubert, 1996:10). La maternidad va mucho más allá de la mera reproducción biológica, porque lo más importante no es la gestación y el parto, sino la tarea social, cultural y ética de hacer viable un nuevo ser humano. Si que es verdad que la maternidad es un resultado de una relación privada entre sujetos, pero su proyección es más bien pública, ya que el resultado final, el hijo/a, se convertirá en un nuevo miembro de la comunidad, de lo público.

También las mujeres entrevistadas destacan la presión social que el rol materno opera en las mujeres. El ser madre es una etapa obligada de cualquier mujer, que ha de cumplir en un momento determinado de su vida.

La paternidad en cambio se entiende como una definición casi exclusivamente legal, que incluye más deberes y derechos de los padres en relación a los hijos/as, estrechamente vinculados a momentos excepcionales de la vida de los padres: la reclamación o posible investigación de la paternidad, los derechos y deberes de los padres en caso de separación y divorcio, etc.

Hay diferencias patentes entre la visión de la maternidad y paternidad de hombres y mujeres: a las madres las ha cambiado la vida con la maternidad, aparece una nueva persona que pasa a ser totalmente dependiente de ti. A los padres la paternidad les ha hecho más responsables, más maduros, y en todo caso, tienen menos tiempo libre y de ocio. Las madres expresan las partes negativas de su maternidad con culpa: cansancio, falta de libertad, renunciadas profesionales, desilusión en el papel desempeñado por sus

parejas como padres, etc; E incluso algunas se atreven a evidenciar las contradicciones que supone vivir una maternidad muy diferente a ese ideal de maternidad en el que habían sido educadas desde pequeñas.

Las madres viven las dificultades y angustias que les produce la compatibilización de la maternidad y la actividad laboral, como responsabilidades individuales. Hoy en día la decisión sobre si se tienen hijos o no, y cuántos hijos se tienen es una decisión libre y voluntaria, se perciben superados los tiempos en los que se tenían los hijos que mandaba Dios, y ante lo que sólo quedaba la resignación. Ahora la decisión sobre la maternidad es voluntaria, libre y por lo tanto, sus consecuencias una responsabilidad de las mujeres, que viven las renunciaciones que esta maternidad les proporciona, como justificadas.

Las decisiones de las mujeres para compatibilizar su maternidad y su participación en el mercado de trabajo no son fáciles. Si la mujer opta por ser madre y quedarse en casa a cuidar de sus hijos, será acusada de vaga, perezosa e improductiva (Hays, 1998:198). Si la mujer opta por ser madre y trabajar fuera de casa, combinando el cuidado con el trabajo remunerado fuera del hogar, será acusada de egoísta, demasiado ambiciosa, y que antepone sus objetivos profesionales y económicos a su familia. Es decir, haga lo que haga la madre, podrá ser criticado y considerarse mal hecho.

El hacer compatible la opción de ser madres con el mantenimiento de un trabajo remunerado en el mercado laboral formal es un esfuerzo y una responsabilidad individual de cada mujer, y supone un sobreesfuerzo que viven en soledad y una vez más, como resultado de una opción individual. Los hijos/as son de los dos, pero las consecuencias de la maternidad es sólo un asunto de las mujeres.

Los padres no tienen ningún problema en expresar abiertamente las contradicciones de la paternidad: es un gran contratiempo. Los principales cambios en su vida implican recortes en su tiempo de ocio, en su participación en el espacio público, curiosamente en lo que sucede de puertas para fuera, no tanto en su esfera privada.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH) tiene como objetivo hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres ya garantizado constitucionalmente. Es especialmente relevante, que cuando define lo que significa igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 3^a), haga una espe-

.....
4 "Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discrimi-



cial mención a la maternidad como una fuente de discriminación para las mujeres. El propio fenómeno de la maternidad socialmente considerado un aspecto de consecuencias únicamente femeninas, y el cuidado de la familia, como una responsabilidad exclusiva de las mujeres, constituye una forma de discriminación de las mujeres.

La LOIEMH dedica el título I a definir los elementos que integran el principio de igualdad de trato de mujeres y hombres y a delinear diferentes formas de vulneración de dicho principio, entre ellas la discriminación directa. Una vez más, el poder legislativo ha considerado necesario enunciar que todo trato desfavorable por embarazo o maternidad es constitutivo de discriminación directa (artículo 8^º):

Uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos en el marco de las actuaciones derivadas para el cumplimiento de los objetivos de esta LOIEMH es precisamente la protección de la maternidad. Aquí por primera vez la maternidad no sólo es mencionada como una fuente de discriminación, sino también como un objeto de tutela jurídica. Este paso a objeto del derecho se justifica por la necesidad de socializar las consecuencias de la maternidad, porque la maternidad tiene una dimensión colectiva que el Estado ha de asumir (artículo 14.7^º).

La LOIEMH por supuesto utiliza los conceptos de maternidad y paternidad cuando aborda los permisos de maternidad y paternidad, y además es necesario subrayar que los incluye en un artículo que se titula *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*. La LOIEMH mejora el permiso de maternidad ya existente, amplía los supuestos que generan esta protección: mujeres jóvenes que no hayan cotizado suficientemente para ser beneficiarias de esta prestación, los casos de partos prematuros, madres bajo diferentes regímenes de seguridad social, etc.

Pero a la luz de la protección dispensada: 16 semanas de descanso retribuido, no deja de seguir utilizando un concepto de maternidad eminentemente biológico, la legislación persigue proteger el periodo de embarazo,

nación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil."

5 "Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.

"Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad."

6 Artículo. 14 Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos

"7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia."

parto y ni siquiera lactancia (a la luz de las estadísticas pocas son las mujeres que después de las 16 semanas de baja maternal continúan amamantando a sus hijos/as).

El permiso de paternidad tiene más un carácter simbólico que real, los 13 días de permiso de paternidad (más los 2 días de permiso retribuido por nacimiento de hijo/a de la mayoría de los convenios colectivos), teniendo en cuenta que alrededor del 70-80 %⁷ de los padres se benefician de este permiso, y además que el disfrute de este permiso no supone un cambio sustancial en quién se responsabiliza del cuidado de esa nueva criatura desde que nace hasta que al menos puede entrar en la educación pública a partir de los 3 años.

El grueso de las disposiciones legales sobre maternidad y paternidad se encuentra recogido en el derecho laboral, tal y como refleja el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del **Estatuto de los Trabajadores** (1995). Siguiendo la interpretación de que las cuestiones relativas a la reproducción de las personas son asunto privado, donde el Estado no debe intervenir, el mercado de trabajo y el marco de las relaciones laborales, constituyen una de las escasas excepciones a esta consideración.

El mercado de trabajo es uno de los espacios públicos más importantes, y la maternidad y la paternidad se abordan, en la medida que suponen fenómenos de la vida de los trabajadores y las trabajadoras que dificultan el normal funcionamiento de la economía y el mercado de trabajo, y que por lo tanto, necesitan de medidas que arbitren estos posibles conflictos. Medidas que permitan sobre todo, que trabajadores y trabajadoras puedan continuar desempeñando sus puestos de trabajo de acuerdo a las exigencias laborales, sin dejar de tener hijos/as.

En la **ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras** destaca el diagnóstico que la ley realiza en su exposición de motivos, en el que se describe cuál es la realidad que pretende modificar. La compatibilización de las responsabilidades familiares de los trabajadores y las trabajadoras y las exigencias del mercado de trabajo y el desempeño de sus trabajos es sumamente difícil. Además la desigualdad entre hombres y mujeres a la hora de asumir las responsabilidades sobre el cuidado, hace que se presuma a la

.....
7 Fuente: Instituto de la Mujer, 2008.



mujer la única responsable. Esto se convierte en una fuente de discriminación de la mujer en el ámbito laboral, en una injusticia social que perpetua la situación de desigualdad de género, y en el principal obstáculo para la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo.

Pero el diagnóstico contenido en la exposición de motivos no se corresponde después con el articulado de la ley. La Ley amplia y especifica de nuevo permisos que ya estaban contemplados en la legislación vigente y que estaban especialmente diseñados para permitir que las trabajadoras, en la medida que madres y cuidadoras, pudieran acumular jornadas, la realizada en el hogar y la realizada en el puesto de trabajo (permiso de maternidad, permiso de lactancia, reducciones de jornada y excedencias). La única novedad que incorpora es la posibilidad de que parte del permiso maternal sea disfrutado por el padre. Las estadísticas que muestran cuántos padres han disfrutado de esta posibilidad legal no superan el 2%⁸ de los casos desde su entrada en vigor en 1999, lo que ofrece serias dudas sobre si la finalidad de esta medida era realmente el mayor reparto de responsabilidades del cuidado entre hombres y mujeres.

El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley General de la Seguridad Social** aborda la maternidad, la paternidad y situaciones relacionadas como circunstancias protegidas socialmente mediante prestaciones económicas a cargo del Estado (lactancia, riesgo durante el embarazo y lactancia). Una vez más son definidas como periodos biológicos de la vida de las personas de especial vulnerabilidad para su integridad física y la de los fetos.

El instinto maternal y el instinto paternal

La creencia en un natural y casi animal instinto maternal es un fenómeno muy dominante, a la luz de las entrevistas realizadas. No se duda sobre en la existencia de este instinto maternal, aunque su definición a veces es confusa: unas veces se identifica con una función protectora y cuidadora a los hijos/as y otras veces se identifica únicamente con el deseo de ser madre.

Casi todos los padres y hombres creen en una base biológica de este instinto maternal. Consideran que es una característica más del ser humano como mamífero, que ha pervivido como consecuencia de la propia selección natural. Las madres mayoritariamente creen en la existencia de este

.....
8 Fuente: Instituto de la Mujer, 2008

instinto maternal, aunque no dan tantas explicaciones de su posible fundamentación biológica u hormonal, sino simplemente como una característica que diferencia a hombres y a mujeres.

La existencia del instinto maternal sobre todo cumple una función para madres y para padres. Los padres justifican su menor implicación en los cuidados y responsabilidades de los hijos/as, sobre todo cuando son pequeños, debido a que las mujeres son las principales responsables llevadas por el instinto maternal, instinto de naturaleza puramente natural y biológica. Y las madres también se apoyan en la existencia de ese instinto natural que lleva a considerar las responsabilidades domésticas y de cuidado una prolongación de su identidad como mujer, lo que la dota de un reconocimiento moral frente a la familia y al resto de la sociedad.

Pero la creencia en ese instinto maternal hace muy difícil a las mujeres que no quieren tener hijos/as, reconocer abiertamente esta opción vital, porque significa transgredir al rol de género por excelencia. También este instinto maternal funciona como una barrera que invisibiliza las tareas y sentimientos negativos asociados también a la maternidad, las madres que se quejan de estas consecuencias negativas de la maternidad son malas madres, al fin y al cabo, y carecen de instinto maternal. Y hace aun más difícil reclamar igualdad de responsabilidades en la crianza de los hijos/as, ya que se asume que las mujeres deben de ser responsables en exclusiva de estas tareas, siguiendo los dictados de su instinto maternal interior, que las hace anteponer los intereses de sus hijos/as a los propios, personales o profesionales.

Las investigaciones que desde la psicobiología ha intentado demostrar la existencia de un determinismo biológico para la configuración de un instinto maternal, e incluso de un comportamiento típicamente masculino y femenino frente a la paternidad y maternidad, se basa en investigaciones realizadas sobre adultos en los que ya ha influido una educación y una determinada construcción cultural de lo que es femenino y masculino. Por lo tanto, es muy difícil explicar tan sólo en términos biológico los comportamientos masculinos y femeninos, no se sabe cuánto de determinismo biológico y cuanto de construcción social hay, ya que son personas adultas con una trayectoria social y cultural que ha influido en sus patrones de comportamiento. Además, aun en los casos que se admita un condicionamiento biológico, u hormonal, del comportamiento de hombres y mujeres, también es propio de los seres humanos el actuar por encima de las leyes de la naturaleza, como seres racionales que actúan voluntariamente, y no



sólo guiados por sus instintos animales (Fox Keller y Longino, 1996).

Algunas de las personas entrevistadas creen también que existe un “Instinto” paternal, lo entienden como un instinto natural, inherente a la condición del hombre, pero aun así, lo describen de una manera más débil, o de naturaleza “sobrenatural”. También su contenido es diferente al instinto materno, en el caso de los padres, cuando existe este instinto tiene una naturaleza protectora, más cercana a las funciones tradicionales del padre como cabeza de familia, sustentador económico del hogar, al responsable último en la educación de los hijos/as, a ese papel más de paternidad como una dimensión de trascendencia.

Las leyes no hablan del instinto maternal y el paternal, pero comparten la creencia en la existencia de un fuerte instinto maternal de carácter biológico e inherente a la mujer, cuando legislan presuponiendo que el cuidado de los pequeños/as es una responsabilidad “natural” de las mujeres, y colaborando para perpetuar la ausencia de los hombres en las responsabilidades de cuidado, dado que el instinto paternal, si es que existe, no es tan importante ni viene marcado por las hormonas.

Factores que influyen en la decisión de tener hijos/as

Las razones para tener hijos/as actualmente tienen totalmente superado el imperativo de tener hijos/as como un seguro para la vejez. Ahora hay una variedad de razones detrás (Alberdi y Escario, 2007). Y de la misma manera las razones que llevan a decidir cuántos hijos/as se quieren tener, también han cambiado. Muchos, especialmente padres, hablan de factores puramente económicos.

Pero otras personas entrevistadas, ya sin distinción de madres, padres, hombres y mujeres, aluden a cuestiones que van mucho más allá de los condicionamientos puramente económicos, que tienen que ver más con factores culturales: vivimos en una sociedad mucho más individualista y materialista, donde los hijos/as suponen una carga, unos obstáculos, o un olvidarse de uno mismo como prioridad vital, para pasar a ocuparse de los hijos/as ante todo.

Las mujeres citan razones que tienen que ver mucho más con cuestiones de desigual reparto de responsabilidades sobre el cuidado de nuestra sociedad, y sobre desigualdad de género, que hacen que las mujeres no quieran tener los hijos/as que les gustaría tener, por el alto precio personal

y profesional que tendrían que pagar:

Las personas entrevistadas entienden que la maternidad es una opción libre de las mujeres en nuestra sociedad, porque se ha generalizado el acceso a los métodos anticonceptivos, y también al aborto (a pesar de que esta afirmación pueda parecer contradictoria a la luz de la legislación vigente). Se ha generalizado la idea de que las mujeres tienen un control sobre sus cuerpos y su capacidad reproductora, que las permite evitar embarazos no deseados. Pero al mismo tiempo hay una cierta unanimidad en afirmar, que no puede hablarse de una verdadera opción libremente adoptada por las mujeres, porque debido a los fuertes condicionamientos sociales y culturales, la mujer se ve muchas veces forzada a cumplir con el mandato reproductor que viene impuesto por el rol de mujer y madre dominante en nuestra sociedad.

Las personas que no quieren tener hijos/as se ven obligadas a aportar razones para ello (falta de tiempo, responsabilidad de criar a un hijo hoy en día, etc.) porque aunque la maternidad / paternidad ya es hoy una opción libre en nuestras sociedades desde la generalización de los métodos anticonceptivos en la década de los 60-70, el mandato social de ser padres todavía está muy interiorizado en nuestra cultura.

Las entrevistas a las madres y mujeres constatan la aceptación de la ideología de la maternidad intensiva (Hays, 1998), que aconseja a las madres, y sólo a ellas, invertir una enorme cantidad de tiempo, dinero y energía al cuidado y educación de sus hijos/as. Y por otro lado está la lógica de la búsqueda del máximo beneficio individual que impera en casi todas las esferas de nuestra sociedad capitalista. Cada individuo deberá buscar racionalmente el máximo beneficio y poder, esta es la lógica, por ejemplo, del mercado de trabajo. Sin embargo un porcentaje cada vez más grande de mujeres partícipes de esta ideología de la maternidad intensiva, también trabajan fuera del hogar, ¿cómo concilian estas dos lógicas aparentemente contradictorias y excluyentes?

No hay una ley que de manera específica y explícita diga que pretende influir o potenciar que los ciudadanos/as tengan hijos/as. Pero obviamente nos encontramos en un contexto social, económico y político en el que interesa desde los poderes públicos fomentar la natalidad, sobre todo cuando mantenemos tasas de natalidad muy por debajo del 2,1 hijos/as / mujer necesarios para un reemplazo generacional, para contrarrestar el envejecimiento de la población y para tener nuevos trabajadores /as que



coticen en la seguridad social, con quienes podamos mantener nuestros sistemas de pensiones y nos cuiden cuando seamos mayores.

En este sentido existen que una serie de medidas, sobre todo de carácter económico y fiscal que pretenden animar a las parejas a tener hijos/as, como por ejemplo las recogidas en la **Ley General de la Seguridad Social** que incluye una serie de medidas no contributivas, muchas de reciente creación, que constituyen el grueso de la política de fomento de natalidad de nuestro país, y de apoyo a la familia.

La protección a las familias numerosas ha sido siempre una realidad en la historia legal más reciente. La natalidad, como interés general objeto de tutela estatal, ha sido una constante desde principios de siglo. Buscando por tanto, la protección de la natalidad, se llega también a la protección de la familia, como institución social valiosa, y sobre todo aquella familia que además participa de los objetivos comunes de aumento demográfico. **La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas** no cambia sustancialmente el abanico de medidas legales de protección a la familia numerosa existentes hasta la fecha, que se concretan en medidas de carácter económico, sobre todo a partir de bonificaciones fiscales y rebajas de precios públicos a la hora de acceder a bienes y servicios de primera necesidad: vivienda, educación, transportes, impuestos, etc. Es tan sólo novedoso que adapte el concepto de familia numerosa (artículo 2) a las nuevas modalidades de familia aceptadas por el ordenamiento jurídico español.

La conciliación

A lo largo de las entrevistas, la conciliación se entiende por parte de los hombres y padres como una responsabilidad exclusiva de las mujeres. Esta desigualdad es una fuente de discriminación para las mujeres, especialmente en sus oportunidades formativas y profesionales. A nadie se le escapa que el principal obstáculo de las mujeres en el mercado de trabajo es la asunción social de que ellas, y sólo ellas son las responsables de los cuidados de los demás. Y eso constituye una barrera en el acceso al mercado de trabajo, en su promoción profesional.

Los padres que dedican tiempo a sus hijos/as se perciben como personas que hacen un sacrificio con relación a sus obligaciones laborales, y socialmente son muy valorados. En cambio en las madres, la valoración social es precisamente la contraria, su dedicación principal tiene que ser sus hijos/



as, y cualquier tiempo que se dedique a otros asuntos, es tachada de mala madre.

No ocurre nada en sus vidas en el ámbito público con la paternidad, al revés, incluso su posición en el mundo público, y en especial en el mercado de trabajo mejora o se refuerza con su paternidad, justo todo lo contrario a lo que le ocurre a la madre.

La **LOIEMH** habla de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y las trabajadoras. Con el objetivo de alcanzar una mayor corresponsabilidad en nuestra sociedad, se arbitran medidas para garantizar que tanto trabajadores como trabajadoras no encuentren obstáculos laborales para alcanzar mayores niveles de igualdad en el reparto de responsabilidades de cuidado en su esfera privada.

La situación de desigualdad tiene lugar en el ámbito privado de las personas, hombres y mujeres tienen diferentes responsabilidades sobre el cuidado y el trabajo doméstico. Esta desigualdad en el ámbito privado tiene consecuencias claras en el espacio público, la asunción generalizada de que las mujeres son las responsables en exclusiva de los cuidados y del trabajo doméstico se convierte en una de las principales fuentes de discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo, en una de las dimensiones más importantes del mundo público. El Estado actúa mediante sus leyes, para intentar incidir en el mundo público, pero ¿cambiará esto la realidad del espacio privado?

El **Estatuto de los Trabajadores** también protege la conciliación como un derecho de trabajadores/as, aunque de facto es una medida de acumulación de las madres trabajadoras.

Los cuidados

La investigación realizada muestra que los hombres son generalmente educados y criados en nuestra sociedad para que su identidad personal se construya a través de su identidad laboral. Desde bien pequeños a los niños se les inculca que es imprescindible su realización profesional y su éxito laboral para alcanzar su forma de estar en el mundo, y para ser valorados como hombres de provecho. Esto explica muchas veces la prioridad que los hombres y los padres otorgan a las demandas de sus trabajos, y el porqué sus trabajos ocupan una posición prioritaria en sus vidas. Su ambición profesional está socialmente bien considerada, porque en coherencia con



esta educación, un hombre laboralmente ambicioso es aquel que lucha por triunfar en el mundo profesional y cumplir así el mandato de hombre de provecho, de cabeza de familia que provee económicamente al hogar.

Las mujeres y las madres participan hoy de manera casi generalizada en el mercado de trabajo. Pero ellas no han sido educadas para realizarse laboralmente ni para construir su identidad personal a través del trabajo. Por eso, la ambición laboral de ellas está socialmente penalizada. No está bien visto una madre profesionalmente ambiciosa. En cambio sus renunciadas en el mundo laboral, se justifican porque ellas saben priorizar lo que realmente es importante: la familia y a los suyos. A las mujeres se les ha enseñado, y ellas en general han interiorizado, que no hay mejor opción de vida que consagrarse al cuidado de los demás.

Las leyes tampoco hablan de manera específica sobre el cuidado ni quién o quienes son responsables de los cuidados. Pero precisamente no se cita el cuidado porque primero se presupone que corresponde a las mujeres, y además son tareas realizadas en el seno familiar, un espacio privado en el que el estado y sus leyes no debe interferir. Por eso de las leyes analizadas se desprende que el cuidado no es un asunto público, ni objeto de legislación.

En la **Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a personas en situación de dependencia** en la Exposición de Motivos se señala como el cuidado de los mayores dependientes ha sido tradicionalmente una responsabilidad de las familias, y dentro de las familias las mujeres. Esta situación ha cambiado porque la incorporación generalizada de las mujeres al mercado de trabajo hace imposible que las mujeres sigan siendo las cuidadoras en exclusivas. Y sin entrar a analizar las desigualdades de género que esto significaba, ni las posibles injusticias sociales en atribuir las responsabilidades de los cuidados de los mayores y los dependientes sólo a las mujeres a cambio de nada, se ve la necesidad de articular un sistema semipúblico de atención a estas personas, especialmente cuando no sólo no se trata de un problema nuevo, sino que es una realidad creciente, debido al progresivo envejecimiento de nuestra población. En principio, la ley parece asumir que las responsabilidades de los poderes públicos en articular un sistema de atención pública a estas personas para garantizar su autonomía y calidad de vida. También prevé un sistema de retribución a los cuidadores no profesionales del ámbito familiar, una medida destinada a visibilizar y calificar como trabajo el cuidado ejercido mayoritariamente por mujeres en el ámbito familiar. Es un intento de reconocer el valor económico y social de las tareas ejercidas por las mujeres

en relación a los mayores y a los dependientes. Busca dotar de una protección social a todas estas mujeres, que al dedicarse a los cuidados familiares, no participan en el mercado de trabajo formal, y por lo tanto no acceden a esta ciudadanía laboral que las permitirá ser titulares de derechos y de protección social.

Pero la Ley otorga un reconocimiento económico a este trabajo muy inferior a cualquier otro trabajo del mercado de trabajo. Y además la ley, no cuestiona que ésta haya sido tradicionalmente una dedicación de las mujeres en cumplimiento de su rol de cuidadoras. No parece que el legislador pensara también en hombres como potenciales cuidadores, o que quisiera fomentar una mayor igualdad en la asunción social de los cuidados de los mayores y los dependientes. A diferencia de lo que sucede en el caso de la maternidad y la paternidad, aquí ni se cita que la asunción a los cuidados de estas personas también ha supuesto y supone uno de los principales obstáculos a la participación de las mujeres en la esfera pública. Y tampoco parece haber ninguna demanda social, ni interés estatal, en que los hombres entren a formar parte de ese cuerpo de cuidadores. Los cuidados de los hijos/as puede llegar a ser una tarea a compartir, pero los cuidados de los mayores y dependientes, que socialmente están aun peor valorados, no son objeto deseable de posible reparto.

Conclusiones

El concepto de maternidad y paternidad de las leyes analizadas en esta investigación muestran una definición de estas categorías jurídicas muy similar a las que los ciudadanos/as tienen. La mayoría de los cuerpos legislativos analizados abordan algunos aspectos de la maternidad y la paternidad en el mercado de trabajo, una de las dimensiones de la esfera pública de las personas más importante. La maternidad y la paternidad se convierte en objeto de tutela jurídica en la medida que entra en conflicto con otros intereses generales de la sociedad, como son la el crecimiento demográfico que asegure la continuidad del sistema económico y del modelo de Estado de Bienestar, o los intereses del mercado de trabajo.

La maternidad es una responsabilidad individual de las mujeres, al igual que sus problemas de conciliación de la vida familiar y laboral. Pocos textos legales hablan de la responsabilidad colectiva sobre los costos sociales de la maternidad y la paternidad.



Solo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y la paternidad entre todos/as. Pero la realidad de la aplicación de estas medidas nos ofrece una visión social que las interpreta como medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas figuras jurídicas.

De los textos legales analizados, no queda claro cuales son los objetivos pretendidos en las disposiciones sobre maternidad y paternidad que se incluyen: alcanzar mayores niveles de corresponsabilidad en nuestra sociedad, conseguir un reparto más igualitario de las responsabilidades sobre el cuidado, conseguir mayores cotas de igualdad de género, promocionar la natalidad del país, proteger la familia o promover el empleo femenino para asegurar el crecimiento económico y la consecución de los objetivos de política económica que el Estado español tiene en el marco de la Unión Europea.

La maternidad y la paternidad no constituyen en sí mismos intereses generales objeto de tutela estatal. Se consideran cuestiones relativas al ámbito privado de las personas, libre de interferencia estatal.

Las normas relativas a la estructura y las prestaciones de nuestro modelo de Estado de Bienestar están inspiradas en un modelo de ciudadanía laboral, en el que para ser titulares de derechos y beneficios bajo el modelo de protección social, es imprescindible haber sido partícipes del mercado de trabajo previamente. Las medidas que quedan fuera de este sistema, son meras ayudas económicas puntuales, ideadas como parte de políticas de promoción de la natalidad. Las mujeres tienen una posición ya inicial de desventaja en este modelo, ya que precisamente las consecuencias derivadas de la maternidad y la asignación de las responsabilidades de los cuidados, constituyen los principales obstáculos para que las mujeres puedan participar en igualdad de condiciones en el mercado laboral. Si no pueden participar en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo, requisito imprescindible de la ciudadanía laboral, tampoco podrán ser partícipes en igualdad de condiciones de los beneficios del Estado de Bienestar.



BIBLIOGRAFÍA

AMOROS, M.I. et al. (2003): *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona, Icaria.

ALBERDI, I. y ESCARIO, P. (2007): *Los hombres jóvenes y la paternidad*, Bilbao, Fundación BBVA.

ARENDT, H. (1993): *La condición humana*, Barcelona, Paidós.

BEAUVOUR, S. (1949, ed. 1998): *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra.

BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G. (1990): *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares.

BOCK, G. y THANE, P.(ed.) (1991): *Maternidad y políticas de género*, Madrid, Cátedra.

BOWLY, John (1951): *Maternal Care & Mental Health*, 2ª edición, serie 2, Ginebra, OMS.

BUTLET, J.(1990): *Gender Trouble. Feminism and the Subversión of Identity*, London, Routledge.

BUTLET, J. (2004): *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós.

CARRASCO, C. et al. (2003): *Tiempos, trabajos y flexibilidad: una cuestión de género*, Madrid, Instituto de la Mujer.

EHRENREICH, N. ed. (2008): *The reproductive Rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York, New York University Press.

FOX KELLER, E.; LONGINO, H. (1996): *Feminism and Science*, Oxford, Oxford University Press.

HAYS, S. (1998): *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Barcelona, Paidós.

MARRADES PUIG, A. (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Universitat de Valencia.



MURILLO, S.(1996): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid, Siglo XXI.

RICH, A. (1976): *Of woman born*, London, Virago.

TUBERT, S. (1996): *Figuras de madre*, Madrid Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.

YOUNG. I.M. (1990): *Justice and the politics of difference*, New Jersey, Princeton University Press.





ABORTO Y DERECHO A LA SEXUALIDAD: UN NUEVO MARCO PARA UN VIEJO DEBATE

*Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga*

La reapertura del debate

En el invierno de 2007-2008 se sucedieron en España una serie de denuncias contra clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo bajo el alegato de un fraude sistemático de la legislación penal en la materia. Esta ofensiva desembocó en la inculpación penal de varios médicos y personal auxiliar de las clínicas investigadas y arrastró igualmente a un buen número de mujeres que, en detrimento de su intimidad, se vieron expuestas a indagaciones policiales y judiciales por supuesto aborto ilegal.

Estos sucesos pusieron de manifiesto la incapacidad de la actual legislación del aborto para garantizar la confidencialidad de las mujeres y la seguridad jurídica del personal sanitario y reavivaron las clásicas demandas del feminismo en favor de un modelo de interrupción voluntaria del embarazo basado en la autonomía de las mujeres para decidir cómo, cuando y con quien reproducirse. Todo ello desembocó en el anuncio del gobierno socialista de elaborar un nuevo marco normativo en sustitución del ya obsoleto artículo 417 bis –único superviviente de un Código penal derogado hace más de diez años-.

Con el fin de preparar la reforma y conocer en profundidad el panorama actual del aborto en la sociedad española, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el 16 de octubre de 2008 la creación de una subcomisión especial destinada a evaluar y elaborar unas conclusiones sobre la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, conclusiones que fueron presentadas a finales de febrero de 2009 con el apoyo del grupo socialista y otros grupos políticos minoritarios y la oposición del Partido Popular -que se pronunció a favor del mantenimiento de la legislación en los términos actuales y de un estricto control de su aplicación en la práctica médica-. De forma paralela, el Ministerio de Igualdad constituyó un Comité de Personas Expertas para elaborar un “informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y

propuestas para una nueva regulación”, que se hizo público el 5 de marzo de 2009¹.

Ambos documentos coinciden en proponer la sustitución del actual sistema de indicaciones por un modelo de plazos, con el fin de garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación –en torno a las catorce primeras semanas-. De forma complementaria, se sugiere el mantenimiento de dos indicaciones destinadas a captar los supuestos de detección tardía de riesgos para la vida o salud de la embarazada o anomalías fetales graves. El Informe del Comité de Personas Expertas apunta al límite temporal de las 22 semanas de gestación para estas indicaciones, coincidiendo con el inicio de la viabilidad extrauterina que hace posible un parto prematuro inducido sin necesidad de destrucción del feto. De modo excepcional, se prevé la licitud del aborto incluso en una fase más avanzada de la gestación cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida.

La otra gran novedad de estas propuestas consiste en sustraer la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo del contexto del Código Penal por considerar que se trata de un asunto de salud pública que requiere un tratamiento integrado con otras políticas de salud sexual y reproductiva totalmente ajenas al ámbito punitivo.

Como era de esperar, estas iniciativas han reabierto el viejo enfrentamiento entre partidarios y detractores del aborto, con la inevitable mezcla de razones jurídicas, morales y religiosas que siempre le han acompañado. Sin embargo, por lo que se refiere al debate estrictamente jurídico –y dejando a un lado las posturas más radicales de los sectores antiabortistas- resulta esperanzador el cambio de enfoque que se ha producido en los últimos tiempos. Frente a las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento que monopolizaron el discurso jurídico de los años ochenta, en esta nueva etapa las divergencias sobre el valor intrínseco del embrión han cediendo protagonismo a nuevos argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas.

El modo en la que se está abordando la gestión política de la nueva reforma es un buen ejemplo de ese cambio de enfoque. No es casual, en efecto,

.....
1 El informe íntegro puede consultarse en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORME-COMITE050309.pdf>. Como integrante de este Comité tuve la posibilidad de conocer muchos de los datos y argumentos que se exponen en este trabajo.



que la elaboración y coordinación del proyecto de ley se encomendara en esta ocasión al Ministerio de Igualdad o que la subcomisión parlamentaria creada en 2008 funcionara también en el ámbito de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. Con ello queda patente la opción política por vincular el tratamiento legal del aborto no sólo al estatuto jurídico del embrión -como sucedió en el proceso legislativo que concluyó en 1985 con la aprobación del aún vigente artículo 417 bis-, sino además, y en primera línea, con el estatuto de igualdad de las mujeres.

Los nuevos argumentos jurídicos: aborto y derechos reproductivos.

En el actual proceso de reforma del aborto se detecta un cambio significativo –y esperanzador- en el enfoque del debate. A diferencia de lo que sucedió en la década de 1980, época en la que todas las miradas se dirigían al embrión –ya fuera para reducirlo a una parte del cuerpo de la mujer o para reconocerle idéntico valor que a la vida humana posterior al nacimiento-, en esta nueva etapa adquiere protagonismo la perspectiva de la mujer embarazada.

Incluso los grupos conservadores claramente contrarios a cualquier ampliación del actual modelo de indicaciones han adoptado esta perspectiva y se muestran “compresivos” con las mujeres que interrumpen el embarazo, hasta el punto de asociar el aborto con una forma de violencia de género². Estos planteamientos parten de la premisa de que el aborto siempre es malo para las mujeres, “porque su naturaleza está preparada para dar vida, no para quitarla ya que la mujer es madre desde que concibe”³. Por eso entienden que el aborto implica siempre un conflicto psíquico y emocional al que muchas mujeres acuden por no encontrar otra salida, porque el Estado las deja solas, sin ofrecerles alternativas. De esta manera, las mujeres que abortan no aparecen ya como asesinas despiadadas –tal como las des-

.....
 2 El Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (16 de febrero de 2009) vincula el aborto con la violencia de género por entender que “en caso de problemas el hombre se desentiende de la paternidad y coacciona a la mujer para que se libere del fruto del embarazo”. Por eso entiende el Grupo Popular que una ampliación de la legislación actual podría profundizar en esa situación de violencia ya que “está en juego que la mujer no se encuentre en nuestra sociedad coaccionada a algo tan grave y trascendente como un aborto, por un entorno jurídico permisivo, aliado a un entorno social todavía muy machista que considera el embarazo una cosa de la mujer en muchas ocasiones”.

3 Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (16 de febrero de 2009)



cribían los sectores antiabortistas más radicales en los años ochenta- sino como víctimas de una situación injusta, de una sociedad egoísta que no las ampara, que las deja solas frente a su drama personal.

Ciertamente, estos planteamientos incurren en el defecto de partida de considerar a las mujeres como “máquinas reproductoras”⁴ biológica y afectivamente determinadas, un enfoque propio del pensamiento patriarcal que limita de entrada las posibilidades de autorrealización femenina al supeditar sus perspectivas vitales a una especie de mandato de la naturaleza llamado a encauzar su futuro. Pero aun así, resulta esperanzador que no se insista en identificar el aborto, sin paliativos, con un acto criminal y, sobre todo, que se reconozca que un embarazo no deseado implica siempre un serio conflicto personal para las mujeres. Estas consideraciones suponen un cambio significativo en el modo de observar el aborto consentido, al que ahora se valora como un asunto complejo en el que, además de la vida prenatal, entra en juego también la integridad personal de las propias mujeres.

Pero, sin duda, el cambio de enfoque más decisivo se observa del otro lado del escenario político. En consonancia con las directrices trazadas en el ámbito europeo e internacional, los sectores progresistas proponen una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo directamente vinculada con las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva, prestando especial atención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Con ello se trata de superar la visión unilateral que primó en la reforma de 1985 -centrada únicamente en el valor intrínseco del embrión- para dar entrada también a la perspectiva de las mujeres que en un momento de sus vidas se enfrentan a un embarazo no deseado. Esa nueva mirada permite introducir en la valoración jurídica del aborto un elemento autónomo que hasta ahora permanecía en la oscuridad: el derecho de las mujeres a la sexualidad. El planteamiento es claro: las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre -y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres- si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo. De ahí que se les deba garantizar el acceso pleno a los medios anticonceptivos menos agresivos y más eficaces para planificar su reproducción. Pero, también, si se encontraran con un embarazo, debe asegurarse a las mujeres un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación. Sólo así podrán aspirar a tener el control pleno del ejercicio de su propia sexualidad.

.....
4 PITCH, Tamar, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, p. 78.



En la base de este enfoque se encuentra la consideración del embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres –esto es, la posibilidad de procrear que tienen casi todas las mujeres que practican sexo heterosexual en determinadas franjas de edad-, un hecho que no siempre ni necesariamente viene asociado al deseo de la maternidad –es decir, al deseo de tener y criar un hijo o una hija⁵. Este punto de vista, propio del feminismo, se distancia de la muy arraigada pauta cultural que identifica el embarazo con el surgimiento instintivo de un deseo irrefrenable de ser madre, una amalgama que siempre acaba por culpabilizar –o, en el mejor de los casos por victimizar- a la mujer que interrumpe un embarazo no deseado. Frente a ese supuesto mandato de la naturaleza, el embarazo aparece aquí como una consecuencia posible del ejercicio de la sexualidad femenina, una consecuencia que ciertamente muchas mujeres asumen gustosas haciendo efectivo su deseo de ser madres. Pero no todas.

Esa relación entre derechos sexuales y embarazo ha estado muy presente en la normativa internacional y europea de los últimos años, que ha avanzado de forma notable hacia el reconocimiento pleno de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuando y con quién reproducirse. En esta línea cabe citar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, celebrada en El Cairo en 1994, donde se afirma que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. También la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995, proclama que “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva...”. De modo aún más explícito, la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI) “recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible a todas las mujeres”⁶.

En suma, el actual debate sobre una posible reforma de la interrupción voluntaria del embarazo ha cambiado de punto de mira y, sin olvidar la debida consideración a la vida prenatal, ha vuelto la vista hacia la situación de

.....
5 PITCH, *Un derecho para dos*, cit., p. 82.

6 Recomendación nº 12.

las mujeres que deciden abortar. Por eso, los distintos criterios que hoy se sostienen sobre el tratamiento jurídico que debería darse al aborto no son ajenos a las versiones encontradas sobre el modo de concebir el sentido del embarazo en el mundo femenino.

Quienes entienden que todas las mujeres por su propia naturaleza están predeterminadas a la maternidad e identifican por ello de modo pleno embarazo y deseo de tener hijos -como las dos caras de una misma moneda-, lógicamente califican al aborto como algo malo en sí mismo y bajo cualquier circunstancia, incluso cuando la embarazada manifiesta de modo claro su decisión de interrumpir la gestación. Por eso el aborto será siempre un mal que debe intentar evitarse a las mujeres, aunque ello exija ponerles trabas incluso acudiendo al ámbito punitivo. Una ley estricta de prohibición del aborto representaría así un bien para las mujeres, en tanto les evitaría la tentación de recurrir a una vía desesperada que siempre repercutirá en un drama personal para ellas.

Por el contrario, quienes asocian el embarazo con la fecundidad femenina potencial, observan el aborto como uno de los medios para superar los obstáculos que pueden encontrar las mujeres en el ejercicio libre de su sexualidad. Aunque no como una alternativa más, ni tampoco la primera. Al contrario, todos los instrumentos internacionales que asumen esta perspectiva dejan claro que en ningún caso ha de promoverse el aborto como un método de planificación familiar⁷ y que las estrategias públicas han de orientarse a reducir el número de abortos. Pero si llega el caso de un embarazo no deseado, las mujeres han de tener la posibilidad de decidir por sí mismas en determinadas condiciones y dentro de un plazo razonable, porque sólo de ese modo tendrán el poder de controlar de forma plena su propia sexualidad, sin temor a posibles consecuencias penales por los efectos asociados a esa parcela de su vida personal. Ello explica igualmente la tendencia internacional a promover la no punición de las mujeres incluso en casos de abortos ilegales. Así, el Comité CEDAW sugiera que “en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”⁸. En la misma línea, el Parlamento Europeo

7 Así el apartado 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas, El Cairo 1994 y Recomendación nº 8 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI)

8 Recomendación nº 24 del Comité CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) de 2 de febrero de 1999.



en 2001 hizo “un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”⁹.

Si echamos la vista atrás, está claro que en el proceso de reforma del aborto que tuvo lugar en España en los años ochenta primó –igual que en muchos otros países europeos– la versión que califica el aborto como un hecho intrínsecamente perverso que no sólo perturba a la sociedad en su conjunto sino, sobre todo, a la propia mujer que interrumpe su gestación, frustrando su natural vocación maternal y cargándola para el resto de sus días con una culpabilidad y angustia difíciles de superar. Sobre este paradigma se asienta el sistema de indicaciones que rige hasta hoy en la legislación española, cuya base estratégica reside en el principio de prohibición penal del aborto –incluso del consentido– como manifestación de la desaprobación ética y social de este tipo de prácticas. Una prohibición que sólo cede cuando aparecen circunstancias externas a la voluntad de la mujer que a ojos de la sociedad son aún peores que el propio aborto – como una situación de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o una violación o, en fin, alguna clase de malformación fetal grave que hace insoportable o muy difícil la crianza del hijo.

En este modelo los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta su posición frente al embarazo, sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad. En el sistema de indicaciones el papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica cuya oportunidad y posibilidad deciden otros –el propio legislador que decide por ella bajo qué condiciones un conflicto personal adquiere una entidad suficiente como para hacer inexigible la continuación del embarazo; también el médico, que determina si se dan las circunstancias descritas en el supuesto legal; e incluso el juez, que conserva la facultad de valorar en última instancia si la situación que llevó a la mujer a abortar tenía o no la trascendencia suficiente para justificar la intervención–.

Como es obvio, un sistema de estas características, construido de espaldas a la embarazada, entra en contradicción con las nuevas corrientes que vinculan la libertad en el ejercicio de la sexualidad femenina con el poder de controlar su propia fecundidad. Reconocer a las mujeres el derecho al libre

.....
9 Recomendación nº 13 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI))

ejercicio de la sexualidad supone concederles –en términos razonables- la facultad de decidir cuando, cómo y con quien reproducirse. Y esa facultad no es compatible con una legislación que impone el embarazo a las mujeres bajo amenaza penal, sin más excepciones que las establecidas por el legislador a partir de valoraciones externas que no tienen en cuenta la posición personal de la embarazada frente a la maternidad.

Eso explica que se propugne la sustitución del sistema de indicaciones por el modelo del plazo, cuya principal característica reside precisamente en dar cabida a la autonomía de la mujer como uno de los factores decisivos para la valoración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero no el único. El modelo del plazo es un sistema de *regulación jurídica* del aborto consentido, lo que significa que el legislador pone límites a la libertad de decisión de las mujeres. Y lo hace porque reconoce que en un aborto –aunque sea consentido- convergen intereses distintos que deben ser ponderados por el Derecho para alcanzar un equilibrio aceptable desde el punto de vista de las valoraciones imperantes en la sociedad en un momento determinado. Estas son las reglas del juego que trazó el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 53/1985, cuando se pronunció sobre la legitimidad del sistema de indicaciones recogido en el artículo 417 bis.

Por eso, a la hora de construir una alternativa a la actual regulación del aborto es imprescindible tener en cuenta, también, la relevancia que nuestro ordenamiento concede a la vida prenatal, que en palabras del Tribunal Constitucional, “encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución”, por lo que “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”, si bien no es “titular del derecho fundamental” a la vida¹⁰. Ese encuadre constitucional da lugar al deber del Estado de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” y que, dado su carácter fundamental, “incluya también, como última garantía, las normas penales”¹¹. En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que el TC reconoce a la vida fetal obliga al Estado a concederle una tutela jurídica adecuada que en alguna medida alcance al Derecho penal. Ello no significa, sin embargo, que la vía penal deba ser la única forma de tutela, ni siquiera la preferente. Lo esencial es que del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluido el Derecho penal, se infiera con claridad una política pública respetuosa de la vida en gestación.

.....
10 STC 53/1985, F.J. 5. También STC 116/1999, F.J. 5.

11 STC 53/1985, F.J. 7.



Pero la protección constitucional del embrión no tiene carácter absoluto, como también ha declarado el TC, y por ello puede –y debe– ceder cuando entra en conflicto con otros intereses de jerarquía constitucional, en particular si éstos alcanzan el rango de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad, la vida y la integridad física de la mujer, todo ello en el marco del respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10 de nuestra Ley Fundamental¹². De ahí que resulte indiscutible la legitimidad, dentro del sistema valorativo constitucional español, de una ley que establezca ciertos márgenes de licitud de la interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1985 respecto del modelo de indicaciones.

Además, a diferencia de lo que pretenden los sectores antiabortistas, nada hay en las premisas trazadas por el TC que cierre las puertas al modelo del plazo. Primero, porque el Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado sobre este modelo, sino sólo sobre el sistema de indicaciones recogido en la ley de 1985, que fue el que se sometió a su juicio. Y, sobre todo, porque ninguno de los argumentos jurídicos que entonces elaboró el TC impide postular la legitimidad de otras alternativas. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades, con exclusión, eso sí, de aquellas propuestas extremas que propugnan la total desaparición del delito de aborto del Código penal¹³. Fuera de los extremos, la legislación comparada ofrece un amplio abanico de posibilidades distintas al obsoleto sistema de indicaciones para regular la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo punto en común reside en la tendencia a compatibilizar un espacio suficiente de libertad de decisión de la mujer con ciertos mecanismos prácticos destinados a favorecer la maternidad y evitar, al mismo tiempo, futuros embarazos no deseados. Es decir, modelos de regulación del aborto pensados para compatibilizar y resolver el conflicto de intereses que supone un embarazo no deseado. En esa línea se sitúa el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en Consejo de Ministros el 13 de mayo de 2009.

.....
12 STC 53/1985, F.J. 8.

13 Me refiero a quienes –anclados todavía en posturas del siglo pasado que negaban la presencia de vida humana en el embrión–, entienden que incluso la figura de aborto no consentido debería desaparecer del Código Penal, al tratarse de simples atentados a la integridad física y a la libertad de la embarazada que encuentran suficiente acomodo en los delitos de lesiones y coacciones.

Las características del nuevo sistema.

El Anteproyecto de Ley Orgánica¹⁴ que acaba de presentar el gobierno responde a una política legislativa novedosa en España que, por primera vez, reconoce de forma explícita la existencia de “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” de los ciudadanos (art. 1), estableciendo una serie de obligaciones de los poderes públicos destinadas, en general, a garantizar un “estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad” en “un entorno libre de coerción, discriminación y violencia” (art. 2 b). Dentro de ese contexto se regula la interrupción voluntaria del embarazo, a partir de una serie de premisas que internaré esbozar en las líneas siguientes.

1. Una de las principales novedades del actual proyecto consiste en sustraer la regulación del aborto no punible del Código Penal para incluirla en una Ley de Salud Sexual y Reproductiva de amplio alcance¹⁵.

En la base de esta propuesta se encuentra la idea de que el aborto constituye un problema de salud pública directamente asociado a la ausencia de políticas de educación sexual adecuadas entre los jóvenes y a las dificultades que todavía encuentran amplios sectores de la población para practicar sexo seguro, con el correspondiente riesgo de embarazos no deseados. Estas conclusiones se ven avaladas por la tendencia ascendente del número de abortos en España –que llegaron a 112.238 en 2007–, entre los que destaca, por una parte, el crecimiento constante de las interrupciones del embarazo en adolescente y, por otra, la fuerte incidencia de abortos en la población inmigrante. De hecho, la tasa de abortos en el grupo de edad de mujeres menores de 20 años se ha duplicado en la última década, pasando del 5,71 en 1998 al 13,79 en 2007¹⁶ y sigue la línea ascendente. Del mismo modo, varios estudios apuntan a que entre el 40 y el 50% de los abortos que se practican en España en la actualidad corresponden a mujeres no españolas¹⁷. Si bien no existen datos específicos sobre la nacionalidad de

14 Se trata del ya mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de 2009. En adelante se citará como “Anteproyecto”.

15 Varios países europeos han optado por vincular la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a la normativa sanitaria antes que al Código penal. Es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, que regula esta materia en la Ley de Sanidad o de Francia, que la incorpora al Código de la Salud Pública (Libro II)

16 Se hace referencia a las tasas de IVE por 1000 mujeres en edad fértil. Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo

17 *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, Ministerio



este grupo de usuarias, todo parece indicar que se trata fundamentalmente de mujeres inmigrantes que residen –de forma legal o no- en territorio español.

La realidad del aborto en la España actual está fuertemente asociada, por tanto, a defectos estructurales que apuntan a la necesidad de desarrollar estrategias públicas de salud sexual y reproductiva destinadas a facilitar el pleno ejercicio de la sexualidad de la población en condiciones seguras y con información adecuada para planificar la reproducción¹⁸.

Por lo demás, este nuevo contexto legislativo resulta coherente también con la postura que vincula la interrupción voluntaria del embarazo con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, tal como se explicó en el apartado anterior. De hecho, el Anteproyecto define la salud reproductiva –siguiendo la normativa internacional- como “la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos” (art. 2 c), aspecto este último que enlazan con la interrupción voluntaria del embarazo.

2. En línea con la mayoría de los países europeos, el Anteproyecto introduce en la legislación española el modelo del plazo, en virtud del cual se autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna, si bien han de cumplirse una serie de requisitos previos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión informada y plenamente responsable.

Aquí reside el cambio principal del nuevo modelo, que abandona así el catálogo de circunstancias predeterminadas por la ley, propio del sistema de indicaciones, para dar mayor protagonismo a la voluntad de la embarazada. Este mismo camino ya lo recorrieron otras legislaciones de nuestro entorno, condicionadas, todas ellas, por el importante avance en el reconocimiento de los derechos de autonomía de las mujeres que se ha pro-

de Sanidad y Consumo, Serie Informes, Estudios e Investigaciones 2007, p. 32.

¹⁸ En esta misma línea el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona entiende que “la interrupción voluntaria del embarazo constituye un problema social (y) no sólo jurídico o sanitario” –*Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, 2008, www.bioeticayderecho.ub.es-.

ducido en las últimas décadas¹⁹. En Europa acogen el modelo del plazo, con distintos matices, Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal.

Siguiendo la tendencia europea mayoritaria, el Anteproyecto español prevé que durante la fase inicial de la gestación –las primeras catorce semanas- la legitimidad del aborto gire fundamentalmente en torno a la petición de la propia embarazada, cuya decisión se respeta sin más condiciones que la de recibir información previa “relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” (art. 14) y el transcurso de un período de espera de tres días desde la recepción de estos documentos hasta la fecha de la interrupción del embarazo. De esta manera, el Derecho reconoce a las mujeres un ámbito razonable de autonomía para decidir sobre una potencial maternidad, confiando en su responsabilidad para valorar la situación y para resolverla de forma adecuada. La entrega de información sobre ayudas públicas y derechos vinculados a la maternidad y la crianza de hijos e hijas, así como el período de espera, son mecanismos habituales en la legislación comparada que pretenden contribuir a que la embarazada pueda valorar su situación con pleno conocimiento de su entorno social y normativo, dotándola así de los instrumentos adecuados para tomar una decisión libre de presiones coyunturales.

El hecho de que se ponga el acento en los instrumentos públicos de apoyo a la maternidad es un claro indicador de la voluntad del Estado de favorecer por esta vía la continuación del embarazo, cumpliendo así con el deber de tutela de la vida en gestación que surge del ámbito constitucional. Se trata de un camino alternativo a la tradicional prohibición penal del aborto, pensado para tutelar la vida embrionaria con la mujer y no contra ella, como bien reconoció en su momento el Tribunal Federal Constitucional alemán²⁰.

3. Más allá del régimen general, el Anteproyecto contempla dos supuestos excepcionales en los que se permite abortar en fases más avanzadas de la gestación. Estas indicaciones pretenden captar ciertas situaciones en las que con posterioridad a la semana catorce surgen problemas importantes

.....
19 Pionera en la línea de sustituir el modelo de indicaciones por el plazo fue Alemania, donde, tras un complejo proceso de reforma, se perfiló un sistema de plazo con asesoramiento que ha servido de modelo a otras legislaciones. Me he referido ampliamente a este y otros sistemas alternativos a las indicaciones en *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, 2005, www.fundacionalternativas.com/laboratorio.

20 Véase BVerfG, Sentencia de 28 de mayo de 1993. Publicada en JZ, número especial, 1993.



en el embarazo que pueden interferir en la inicial voluntad de procrear de la mujer. Tal es el caso de la aparición de algún riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada o, también, el diagnóstico de graves anomalías fetales (interrupción del embarazo por causas médicas).

Por regla general, del aborto por estas causas sólo puede realizarse dentro de las veintidós semanas de gestación. Este límite coincide con el criterio médico de la viabilidad fetal, es decir, el momento a partir del cual se puede realizar un parto inducido con amplias posibilidades de supervivencia del recién nacido. Distintas razones pueden justificar esta limitación.

En la indicación terapéutica, el motivo fundamental reside en que a partir del momento en el que el feto puede sobrevivir fuera del útero de la mujer ya no se plantea un auténtico conflicto entre la vida prenatal y la vida o salud de la embarazada en la medida en que la ciencia médica permite atender ambos intereses sin sacrificar ninguno de ellos. Un parto inducido prematuro es suficiente aquí para contrarrestar el riesgo proveniente del embarazo y dejar el camino libre para la terapia que requiera la mujer. Piénsese, por ejemplo, en la detección de un cáncer que exija un tratamiento médico agresivo incompatible con el embarazo.

Más compleja resulta la justificación en el supuesto de graves anomalías fetales. Desde un punto de vista práctico, se alega que el plazo de veintidós semanas es suficiente porque la gran mayoría de los casos pueden detectarse dentro de ese período, de tal manera que no es preciso esperar a fases más avanzadas del embarazo para ejecutar el aborto, si éste fuera necesario. Pero más allá de este argumento pragmático, lo cierto es que el momento de la viabilidad marca un hito importante en el desarrollo de la vida prenatal porque a partir de entonces el feto ya está en condiciones de nacer y de integrarse a la sociedad sin depender para su evolución posterior de esa relación inescindible y única que representa el embarazo²¹. Esas expectativas de vida autónoma inmediata justifican que el Derecho

.....
 21 El Grupo de Opinión el Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona también apunta a la viabilidad fetal como límite de la permisividad del aborto, si bien fundamenta esta opción en argumentos neurológicos, en concreto, en el inicio de “las conexiones sinápticas hacia la corteza cerebral y en el interior de ésta” que permitirían afirmar que a partir de ese momento comienza “la vida propiamente humana” –*Documento sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit.–. Sin ánimo alguno de discutir las certezas científicas que alega el documento, entiendo que los intentos de fundamentar la licitud del aborto en criterios relacionados con la naturaleza de la vida prenatal estarán siempre condenados al fracaso, ya que existen muchas maneras de aproximarse a lo “humano” como característica de la vida en gestación y no encuentro razones decisivas para primera unas sobre otras.

incremente su tutela y, consecuentemente, reduzca al mínimo las posibilidades de abortar. Esta es la línea que sigue la mayoría de las legislaciones europeas, siendo algunas de ellas particularmente drásticas, como es el caso de Holanda donde el aborto está estrictamente prohibido a partir de la semana veinticuatro.

La propuesta española contempla, sin embargo, dos situaciones excepcionales en las que se permite el aborto en cualquier fase de la gestación, sin supeditarlo a plazo alguno. Se trata de los supuestos de “anomalías fetales incompatibles con la vida” y el de “una enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto (art. 15 del Anteproyecto). En estos casos la autorización del aborto corresponde a un comité clínico, que decidirá conforme a criterios técnico-científicos, si bien ha de oír a la embarazada si ella lo solicita. Se trata de supuestos extremos en los que la voluntad de la mujer de ser madre se ve truncada por acontecimientos dramáticos que sólo ella puede gestionar. Por eso resultaría totalmente desproporcionado que el Derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. Además, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida –cardiopatías severas, hidrocefalia, feto sin cerebro, etc.-, ni siquiera puede hablarse ya de una tutela constitucional de la vida prenatal, puesto que al concurrir en el feto una total incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a una “persona”, en el sentido del art. 10.1 de la Constitución, desaparece la dimensión que fundamenta –en opinión del Tribunal Constitucional– su condición de bien jurídico amparado por el artículo 15 de nuestra Ley Fundamental²².

4. Como se ha visto, uno de los pilares sobre los que se construye el nuevo sistema es el respeto de la autonomía de la mujer para tomar la decisión última sobre su embarazo. De ahí la importancia que se concede a las condiciones del consentimiento, que –además de ser expreso y por escrito²³– debe prestarlo la propia mujer embarazada. Esta última cuestión resulta particularmente polémica por lo que se refiere a las menores de edad.

Pese a la importancia que este asunto tiene en la práctica –no se puede perder de vista la incidencia cada vez más significativa de embarazos en adolescentes–, lo cierto es que hasta el año 2002 no existía una regulación específica sobre el consentimiento de menores en materia de aborto en

.....
 22 Este argumento lo desarrolló el TC para justificar la experimentación con embriones no viables, en su conocida Sentencia 116/1999, de 17 de junio (F.J. 9)

23 Salvo en el caso excepcional de urgencia por riesgo vital para la gestante: artículo 13 del Anteproyecto.



el derecho español²⁴. Fue la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que por primera vez abordó de modo explícito este tema, estableciendo el requisito de la mayoría de edad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002, la opinión doctrinal mayoritaria abogaba por el criterio de la capacidad natural de juicio, en cuya virtud se consideraba suficiente el consentimiento de la propia mujer menor de edad siempre que reuniera las condiciones intelectuales adecuadas para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva, característica que, en general, se admitía a partir de los dieciséis años de edad, sin descartar edades más tempranas si así lo indicaba el grado de madurez de la embarazada²⁵. También los tribunales parecían inclinados a reconocer la validez del consentimiento de las menores de edad. Sólo así se explica que existan varias Sentencias que castigan por delito de aborto *consentido* ciertos supuestos de prácticas abortivas ilegales sobre jóvenes menores de dieciocho años. De haberse puesto en duda la capacidad de las menores para consentir, la calificación correcta hubiese sido la más grave de aborto sin consentimiento que recoge el art. 144 del Código Penal²⁶. De hecho, la Audiencia Provincial de Málaga llegó a admitir de forma explícita la validez del consentimiento prestado por una menor de dieciséis años de edad que vivía con su novio alegando que “si la Ley permite que los menores de edad emancipados...puedan contraer matrimonio con todas las consecuencias que ello conlleva, deban ser y sean capaces para consentir en los términos en que lo exige...el Código Penal” (Sentencia núm. 49/2002, Sección 3ª, de 20 de abril)

Esta tendencia favorable a conceder relevancia al consentimiento de las menores de edad se vio claramente perturbada por la aprobación, en 2002, de la Ley de autonomía del paciente. Y no porque esta Ley restrinja, en términos generales, la validez del consentimiento de los menores de edad en las intervenciones clínicas. Al revés, como principio general, el artículo 9.3

.....
24 A salvo de alguna normativa autonómica, como la Ley gallega 3/2001, sobre consentimiento informado e historia clínica de los pacientes, y el Código Deontológico de los médicos de Cataluña de 1997, donde se da preferencia a la decisión de la menor incluso contra la voluntad de sus progenitores.

25 Este es también el criterio que se impuso en el derecho penal alemán. Véase al respecto, ESER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2001, parág. 218 a, núm. 61.

26 Argumento de Lema Añón, *Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo*, Jueces para la Democracia, nº 43, marzo 2002, p. 37.

de la Ley reconoce plena capacidad para consentir las intervenciones médicas a los menores con dieciséis años cumplidos –obviamente si no sufren una incapacidad por otras causas–, así como a los que aún no han alcanzado esa edad siempre que tengan capacidad intelectual y emocional suficientes para comprender el alcance de la intervención. Sólo cuando no se da esta situación entra en juego el llamado “consentimiento por representación”, prestado por los representantes legales del menor –generalmente sus padres– atendiendo siempre al interés de aquél o aquélla y no a sus propias convicciones personales. Tratándose de mayores de dieciséis años, su consentimiento es válido incluso respecto de actuaciones médicas que supongan “grave riesgo”, si bien en estos casos el médico debe informar a los padres y ha de tener en cuenta su opinión para tomar la decisión correspondiente.

Pero estos criterios generales sobre el consentimiento clínico de los y las menores de edad no alcanzan al supuesto de interrupción del embarazo, porque el art. 9.4. de la Ley 41/2002 lo excluye explícitamente junto a los ensayos clínicos y a las técnicas de reproducción asistida, casos todos ellos que habrán de regirse, según este precepto, “por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. Y como en el supuesto de interrupción del embarazo no hay ninguna regla especial al respecto, parece que no queda otro camino que acudir al art. 315 del Código Civil que fija la mayoría de edad en los dieciocho años cumplidos –en consonancia con el art. 12 de la Constitución–.

La Ley 41/2002 supuso un grave retroceso en la forma de tratar a las mujeres embarazadas menores de edad en la medida en que las obligó a contar en todo caso con la anuencia de terceras personas para tomar una decisión de carácter estrictamente personal, lo que supone una vulneración de su derecho a la intimidad y al debido respeto a la autonomía de la voluntad de quien se enfrenta a un asunto tan decisivo para su futuro como es el de la continuación o no de un embarazo. El problema no es marginal en nuestro país si se tiene en cuenta que las jóvenes se inician cada vez más temprano en el pleno ejercicio de la sexualidad, con el consiguiente riesgo de quedar embarazadas y enfrentarse a un posible aborto cuando todavía no han alcanzado los dieciocho años de edad.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo propone una modificación de la Ley 41/2002 con el fin de someter a la interrupción del embarazo a los criterios



generales sobre consentimiento de menores en materia de intervenciones médicas, lo que supondría conceder relevancia al consentimiento de las menores a partir de los dieciséis años de edad.

Múltiples son los argumentos que avalan esta propuesta.

Ante todo, el proyecto se ajusta a la tendencia general de la legislación española a reconocer capacidad progresiva a los menores para ejercer sus derechos. Nuestra legislación ha avanzado en los últimos años de forma decidida en la línea de conceder cada vez más relevancia a la autonomía de quienes aún no han cumplido los dieciocho años de edad, reconociéndoles una capacidad progresiva para hacerse responsables por sus propios actos y para ejercer por sí mismos los derechos que les otorga el ordenamiento jurídico. Así se infiere, por ejemplo, de la LO 5/2000, de 12 de enero, que sitúa el punto de inicio de la responsabilidad penal de los menores en los catorce años de edad frente a los dieciséis de épocas pasadas. Pero, sobre todo, han de tenerse en cuenta los principios generales establecidos por la LO 1/1996, de 5 de enero, de protección jurídica del menor, cuya exposición de motivos resulta particularmente esclarecedora al afirmar que “el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, van reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”, añadiendo más adelante, que el mejor modo de proteger a los menores es “promover su autonomía como sujetos”, de manera que puedan “ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”. De ahí que, ya en términos estrictamente normativos, el art. 2º de la Ley imponga la interpretación restrictiva para “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores”.

Por otra parte, difícilmente se puede poner en duda la naturaleza personalísima del derecho a la maternidad, por lo que parece razonable recordar en este contexto la norma civil que reserva a los propios menores sometidos a patria potestad el ejercicio de “los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (art. 162. 1º del Código Civil).

No menos importantes son las normas civiles sobre capacidad para contraer matrimonio. La legislación civil permite el matrimonio de menores

de edad emancipados a partir de los dieciséis años -e incluso a partir de los catorce con dispensa judicial (artículos 46 y 48 Código Civil)-, de donde cabe colegir que los considera maduros a partir de esa edad para afrontar cuantas consecuencias se deriven de ese vínculo, entre las que se encuentra la posibilidad de un embarazo.

En esa misma línea de pensamiento, parece razonable indagar igualmente en los criterios que sigue nuestro ordenamiento jurídico en lo atinente a la capacidad de los menores para ejercer su propia sexualidad. Un análisis sistemático de la legislación penal relativa a los delitos sexuales permite inferir que en este aspecto la edad relevante son los trece años, pues el contacto sexual con menores que han cumplido esa edad sólo es delictivo si se realiza contra la voluntad del menor o utilizando abuso o engaño -y, obviamente, si se persigue su prostitución-. Si a partir de los trece años se reconoce a los menores el libre ejercicio de su sexualidad, lógico es pensar que también se les considera maduros para afrontar las consecuencias de tales actos, incluido un posible embarazo.

En otro orden de cosas, no parece jurídicamente admisible que los padres o tutores de una menor puedan forzarla a interrumpir la gestación contra su voluntad. La tajante exigencia legal del “consentimiento expreso de la embarazada” como presupuesto imprescindible para la licitud del aborto impide admitir que los representantes de la menor tengan capacidad para solicitar una interrupción del embarazo cuando ella se niega y decide continuar con la gestación. Y ello aunque actúen en el interés exclusivo de la menor. Es más, en estos casos no sólo se trataría de un aborto punible, sino que estaríamos ante el supuesto más grave de cuantos contempla el Código penal: el aborto practicado sin consentimiento de la mujer (art. 144 CP). Prevalece aquí el respeto del derecho de la menor a la maternidad. Y si del derecho a decidir sobre la maternidad se trata, parece razonable -y coherente- que el mismo principio se aplique siempre que esté en juego este aspecto personalísimo de la vida de la mujer, sea para proteger y secundar su decisión de seguir adelante con un embarazo, sea para interrumpirlo.

Pero más allá de todos estos argumentos, sorprende la propia incoherencia de la Ley 41/2002. En el contexto de una norma que da relevancia a la voluntad de una menor incluso en intervenciones clínicas que impliquen un “peligro grave” -se entiende para su vida o salud-, ningún sentido tiene que se niegue a esas mismas menores la capacidad de consentir una interrupción del embarazo que en la mayoría de los supuestos no pasa de ser



una intervención ambulatoria con escasos riesgos para la salud o, incluso, un simple tratamiento farmacológico. Sólo subrepticios argumentos morales de difícil encaje en una norma destinada a regular los derechos de los ciudadanos en el ámbito médico pueden explicar la exigencia del consentimiento paterno que esta Ley proclama.

Además, tampoco debería subestimarse el riesgo de un retorno a la clandestinidad si se insiste en recortar de este modo la capacidad de decisión de las menores. Porque es obvio que el problema no lo tienen aquellas menores que cuentan con la comprensión y el apoyo de sus progenitores en el ejercicio de su propia sexualidad, sino las que aún viven esta parcela de su desarrollo personal con un sentimiento de culpa que las impulsa al secretismo. Y si ese es el motivo, ninguna ley las obligará a revelar su secreto a los padres. Antes bien, es posible que acudan a vías alternativas mucho más peligrosas para su salud y mucho más expuestas al descontrol y el abuso.

En suma, muchos son los argumentos que apuntan a la conveniencia de volver al criterio que se había impuesto en la doctrina y en la jurisprudencia antes de la Ley 41/2002, reconociendo a las menores –al menos a partir de los dieciséis años– capacidad para consentir por sí mismas una interrupción del embarazo, sin necesidad de acudir a su representante legal.



BIBLIOGRAFÍA

ESER, A (2001): "Parágrafo 218 a, núm. 61", en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. (2001), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, Beck, 26ª edición.

LAURENZO COPELLO, P. (2005): *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, en www.fundacionalternativas.com/laboratorio.

LEMA AÑÓN, C. (2002): "Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo", en *Jueces para la Democracia*, nº 43, marzo 2002, pp. 34-38.

MINISTERIO DE IGUALDAD (2009): "Informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación", en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (2007): *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Serie Informes, Estudios e Investigaciones.

OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE BARCELONA (2008): *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, en www.bioeticayderecho.ub.es.

PITCH, T. (2003): *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta.



CUANDO EL ESTADO ACOSA A LAS MUJERES. (A PROPÓSITO DEL DERECHO A UNA SEXUALIDAD NO COERCITIVA)

*María Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada*

Estamos asistiendo a manifestaciones crecientemente autoritarias de un poder actuarial, discriminatorio y hostil con un colectivo social, el de las trabajadoras sexuales. Más allá de las antiguas pretensiones moralizantes de épocas pasadas, que se conformaban con una tolerancia controlada bajo un orden policial siempre arbitrario, hoy nos adentramos a buen paso en una cultura institucionalizada del control que busca garantizar la legitimidad de modernas formas disciplinarias que tienen el signo de la marginación y de la exclusión social¹.

La salvaguarda de la ley y el orden es la consigna de las nuevas políticas normalizadoras que se manifiestan en un control exhaustivo del espacio público y de la inmigración ilegal. Tratándose de mujeres, el vector de opresión y persecución tenía que venir representado, una vez más, por la sexualidad. Es su comportamiento desviado en el ejercicio de una sexualidad “ilegítima”, como la llama Pheterson², el que las hace indeseables o peligrosas o, simplemente, propicias a ser víctimas de un potente sistema sancionatorio de carácter social y legal. Su total vulnerabilidad frente el estado, nacida de esa ilegitimidad, es una garantía segura de victimización y se deja ver, de modo particularmente significativo, en el ámbito de la prostitución callejera y de la prostitución migrante.

Hay infracciones que son especialmente expresivas de la idea de desorden y desorganización social, por su visibilidad innegable y por la de quienes las protagonizan, pertenecientes a sectores marginados y desposeídos. La prostitución callejera es una de ellas. No es de extrañar que le alcance el inventario de inquietudes y alarmas ciudadanas. Las prostitutas –junto a los mendigos, los vendedores ambulantes o los jóvenes desviados ...- , que se mueven y ensucian el espacio público provocando inseguridad e incomo-

.....
1 A ese “nuevo paradigma actuarial” se refiere Di Giorgi (2005) en referencia a un modelo de control que ya no busca proyectarse sobre individuos concretos sino que se expande por el tejido social incidiendo sobre *categorías* de sujetos que se perciben como un riesgo, pp. 70,72.

2 Pheterson (2009), p. 98. Véase también Rubin (2001), pp. 126 ss.

didad, se constituyen en el “símbolo vergonzante de la decadencia social y moral de la ciudad”³

Entiendo que el creciente intervencionismo en torno a la prostitución callejera tiene mucho que ver con ese conservadurismo creciente de la postmodernidad y su preocupación, profundamente antimoderna, por el retorno a los principios -esa sociedad más ordenada, más disciplinada, más controlada, a la que se refiere Garland⁴- y que tiende a transformar los problemas sociales en problemas de orden público y de seguridad pública⁵.

Encontramos ejemplos significativos de este nuevo modelo regulacionista, con tintes prohibicionistas, en el derecho comparado europeo. Me refiero a países en que el ejercicio de la prostitución no está prohibido -como sucede, por ejemplo, en Rumanía o Islandia-, ni llega a estar sometido a un reglamentarismo decimonónico con zonas de tolerancia y controles médicos o policiales sistemáticos -como en Suiza, Hungría o Letonia-, pero donde son sancionables -incluso criminalizables- algunas de sus manifestaciones externas, como la solicitud de servicios sexuales o aún la mera exhibición sexual en la calle o lugares públicos.

Por esa vía se encaminan, con sistemas más o menos rigurosos, Bélgica⁶, Irlanda, Francia, el Reino Unido⁷ Italia⁸ o España.

El ordenamiento francés, por ejemplo, justifica en exigencias de orden público la consideración como delito, ya no sólo del *racolage* consistente en provocar o incitar públicamente, también de forma pasiva, a mantener relaciones sexuales por precio, sino además la mera exhibición sexual impuesta a la vista ajena en un lugar accesible a las miradas del público⁹. Y, por las

.....
3 Ampliamente, Maqueda (2008a), pp.25 ss. Juliano (2008) habla de “limpieza de clase”, pp.111 ss.

4 Garland (2005) p. 173.

5 Como señala Virgilio (2001), p. 8.

6Según datos de Brufao (2008), p. 26.

7 Esta información proviene de un Estudio de las legislaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa encargado en 1995 por el Grupo de Especialistas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y publicado en Estrasburgo en 2002. Council of Europe (2002), I-II.

8 El artículo 5 de la Ley Merlin castiga a todo aquel que en lugar público invite al libertinaje de forma escandalosa, queriendo con ello proteger la moral, dice Covre (2004), p. 239. Hoy la situación ha empeorado y alcanza por igual a clientes y prostitutas que tienen prohibido ejercer en la vía pública, bajo la amenaza de multas y aún de penas de arresto de cinco a quince días. Diario “El País”, de 24 de septiembre de 2008, p. 27.

9 Sobre la llamada ley Sarkozy y la idea de seguridad que le sirve de justificación a partir de la vinculación prostitución/delinuencia, Mathieu (2003), pp. 34,35.



mismas razones, se castigan en el Reino Unido las conductas consistentes en abordar, importunar, incitar o provocar activamente a los transeúntes con la finalidad de conseguir clientes –*Loitering* y *Soliciting*– así como también las de buscar un servicio sexual en la calle desde el vehículo causando molestias públicas –*Kerb Crawling*–, supuestamente dirigidas a penalizar la demanda y que, a veces, se acompañan de otras medidas disuasorias como el cierre de calles, la instalación de circuitos cerrados de televisión e incluso el envío de cartas a los propietarios de vehículos que se han detectado circulando en la zona¹⁰.

En su análisis de género sobre los debates políticos y parlamentarios que se han sucedido en el Reino Unido desde los años ochenta acerca de la prostitución, Kantola y Squires desarrollan ese discurso prevalente del orden público, en el marco de la clásica distinción liberal entre lo público y lo privado. En ese contexto, la prostitución es presentada como un asunto de moralidad privada excepto cuando se crea una molestia ajena a través de alguna de sus manifestaciones visibles en los centros urbanos, en cuyo caso, se convierte en una afrenta a la moralidad pública que debe ser controlada y contenida. Pero el verdadero discurso va más allá del componente moral y se centra en la amenaza que las prostitutas representan para la comunidad por sus valores sexuales diferentes y su estilo de vida. “Esas rapaces humanas contaminando nuestras calles”, son las verdaderamente inculminadas por la ley en tanto que responsables del desorden y la inseguridad que se vive en el interior de la comunidad, de los disturbios causados a los residentes locales, de la atmósfera de miedo creada a mujeres y niños y del estigma social llevado a los barrios locales. Se establece un vínculo entre prostitución, criminalidad (sobre todo, relacionada con drogas) y enfermedad que llegó a plantear, en medios parlamentarios, la oportunidad de crear zonas de tolerancia para el ejercicio “cerrado” de la prostitución, finalmente descartadas en favor del incremento de los poderes de la policía a la hora de acordar la detención y custodia de las prostitutas callejeras. Una práctica disciplinaria que se va generalizando en los nuevos modelos securitarios¹¹. Covre o Virgilio nos hablan de ella en Italia, donde reciente-

10 Dan cuenta de estas dos regulaciones, Tamarit/Torres/Guardiola (2006), pp. 200.207,208.

11 El activismo de las comunidades locales en pro de la salud y la seguridad públicas habría sido determinante en este discurso sobre el orden público en el Reino Unido, según Kantola/Squires (2004), pp. 79 ss.

mente se han desbordado todas las expectativas ¹² y Mathieu en Francia ¹³.

También en el Estado español se ha dejado notar ese discurso del orden en las calles, particularmente en el ámbito municipal ¹⁴. La Ordenanza de Barcelona primero (2005) y enseguida la de Valencia (2005) o la de Bilbao (2008) sancionando “actos incívicos”¹⁵ o el viejo Plan Municipal de Madrid de 2004, recientemente renovado en la campaña de su alcalde contra la prostitución callejera bajo el falso pretexto de proteger el medio ambiente (2007), son ejemplos muy significativos del prohibicionismo característico del nuevo modelo regulacionista. El bien jurídico que se reivindica en todos los casos es la defensa de un espacio público no degradado y los términos en que se expresa es el de los derechos de los buenos ciudadanos a “no ver”¹⁶ y “transitar por las vías públicas sin ser molestados o perturbados”. Otras expresiones de apoyo son la necesidad de “mantener la convivencia” o “salvaguardar la seguridad pública” o “la salubridad”, al tiempo en que se incorporan sanciones administrativas por el ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación, directa o indirecta, de servicios sexuales retribuidos en las calles y espacios públicos, con condicionantes tan ambiguos como que se trate de prácticas “que excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público” (Barcelona y Bilbao) o “que alteren la

.....
12 Covre (2004) se refiere a todo un conjunto de dispositivos disciplinarios con voluntad de gobernar la prostitución, p. 240 y Virgilio (2001) afirma que el objetivo de esas iniciativas es combatir la visibilidad de la prostitución, con la pretensión de transformar un problema social en un problema de orden público y de seguridad pública, p. 8. Según recientes noticias de la prensa, de septiembre de 2008, la Ministra de Igualdad italiana ha anunciado que multará e incluso impondrá penas de cárcel a clientes y prostitutas. Roma comenzaba a imponerlas el día 19 de ese mes, según la noticia de prensa enviada por Hetaira, a que nos referiremos en las líneas siguientes.

13 Mathieu (2003), pp. 32 ss.

14 Al margen de otras fórmulas de resolución de conflictos, como las que proponen las asociaciones de defensa de los derechos de las prostitutas, como Hetaira. Véase Garaizábal en <http://pensamientocritico.org/crigar0103.htm>. También en “Negociar los espacios públicos”: Diario el País, de 2 de mayo de 1999.

15 Más detalladamente, son la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio pública de Barcelona. Ayuntamiento de Barcelona, 23 de diciembre de 2005; la Ordenanza sobre actuaciones en espacios públicos. Ayuntamiento de Valencia, 29 de diciembre de 2005 y la Ordenanza local sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución. Ayuntamiento de Valencia, 29 de diciembre de 2005, así como la Ordenanza Local sobre la utilización de los espacios públicos para el ejercicio de la prostitución de Bilbao, de 10 de marzo de 2008.

16 “Curioso” ese derecho ciudadano a “no ver” que la Ordenanza de Barcelona (2005) expresa en los términos de “preservar a los usuarios de las vías públicas de la inmersión obligada en un contexto visual”. Interesante la visión crítica de Borja/García Arán (2006). Ampliamente, Maqueda (2008a), pp. 25 ss.



tranquilidad y/o seguridad de los ciudadanos” (Valencia) o “el medio ambiente” (Madrid)¹⁷, de modo que quede garantizada la siempre inquietante discrecionalidad policial. La reciente campaña municipal del Ayuntamiento de Sevilla “para acabar con la violencia de género”, en el marco de su I Plan Municipal contra la prostitución y la explotación sexual (2008), que está contagiando al resto de las poblaciones andaluzas¹⁸, ha resultado ser una de las más agresivas, desafortunadas y estigmatizantes hacia las prostitutas de las que se han puesto en marcha hasta la fecha. Hetaira ha difundido un comunicado con las claves de esa campaña que merece ser conocido:

El acoso y hostigamiento a las prostitutas que captan clientela en la calle se disfraza de “campañas de sensibilización” o de “campañas de disuasión” hacia los clientes.. El lema “¿tan poco vales que tienes que pagar?”, estigmatiza aún más a quienes ejercen la prostitución, ya que parece llevar implícito que las putas no valen nada. El otro lema “el precio de la prostitución incluye: humillación, violencia, vejación ...”, al asociar dinero con humillaciones y vejaciones, parece mas una “incitación” a que éstas se den que una denuncia o llamada de alerta para evitarlas. Esto resulta más grave cuando la campaña se está haciendo desde una institución pública, que además gasta el dinero de los contribuyentes¹⁹.

En realidad, se trata de iniciativas que se limitan a reproducir una estrategia cuidadosamente diseñada desde las modernas políticas neoliberales de control, en las que lo esencial es la fragmentación social: el aseguramiento de los buenos ciudadanos a costa de los malos ciudadanos, de modo que, como afirma Bauman, el problema de la ley y el orden para algunos se traduce en una existencia pacífica –segura- para otros, en la fuerza imponente y amenazadora de la ley²⁰.

Son políticas estatales, tanto más eficaces cuanto menores son los recursos de poder de que disponen sus destinatarios²¹. Ello explica su éxito con las inmigrantes sexuales. En nombre de la supuesta protección de unos derechos

17 Críticamente, Garaizábal (2008 b), pp. 17 ss.

18 Véanse las últimas noticias de prensa aparecidas, por ejemplo, en Granada el 20 de marzo de 2009.

19 Nota de prensa, difundida por la Asociación Hetaira el 19 de septiembre de 2008 bajo el título: “Hetaira pide a las corporaciones municipales que cesen en su hostigamiento hacia las prostitutas”.

20 Literalmente, Bauman (1999), p 135.

21 Como señala Di Giorgi (2005), p.56.

que son, a la postre, los que resultan vulnerados, se desarrollan peligrosas estrategias de intervención pública que amenazan su integridad y su seguridad ²². Me refiero a políticas de control de la inmigración claramente restrictivas de los derechos de las mujeres extranjeras, por ejemplo, en cuanto a un insidioso acoso policial, frecuentes detenciones o una generalizada aplicación de medidas de expulsión. Varios estudios en el contexto español nos dan cuenta de experiencias de redadas policiales en la calle o en clubes bajo el pretexto de detener a proxenetas y chulos supuestamente sospechosos de explotación sexual: así, el de Arella/Fernández/Nicolás/Vartabedian en relación a las trabajadoras del sexo extranjeras:

Las trabajadoras sexuales nos cuentan cómo corren, huyen o se esconden cada vez que presienten la presencia policial por miedo a que les pidan los papeles, sean detenidas y se les inicie un procedimiento de expulsión. Los criterios de selección son: el color de la piel, las características étnicas o que algunos vecinos se sientan molestos por su presencia en un determinado sitio... Ello permite "eliminar" del escenario a aquellos "ilegales que molestan"²³

Casal y Mestre denuncian, por su parte, la hipocresía oficial a la hora de "vender" imágenes de operaciones de desarticulación de redes dedicadas a la explotación sexual cuando, en realidad, persiguen controlar a sus supuestas "víctimas":

Supuestamente, afirman, los controles en clubes están encaminados a la desarticulación de redes dedicadas a la explotación sexual, y así nos lo venden mediáticamente... Pero, *a priori*, pese a que el discurso abolicionista oficial y formal las categoriza como víctimas doblemente, de la explotación sexual y de las redes ..., son tratadas como culpables en virtud de su entrada al país "ilegalmente" o de permanecer en él "irregularmente"²⁴.

.....
22 Tienen razón Skobanek/Boompakdi/Janthakeero (1997), cuando alertan de los peligros de no ser cuidadosos a la hora de proponer medidas que puedan acabar obstaculizando las estrategias de supervivencia de tantas mujeres y tantos hogares a través de la emigración, p. 41.

23 Arella/Fernández/Nicolás/Vartabedian (2007), pp. 109, 113, 231 ss. Se refieren a las políticas de extranjería como "políticas punitivas", Ribas/Almeda/Bodelón, pp.27 ss.

24 Casal / Mestre (2002), 154. Y tienen razón. Cualquiera que quisiera, pudo ver hace unos meses en este país, imágenes de redadas policiales, supuestamente de control de locales sospechosos de explotación sexual, en las que, sorprendentemente, eran las mujeres -"víctimas"- las que salían esposadas con las manos a la espalda. Se trataba, claro está, de inmigrantes ilegales.



No se trata, por lo demás, de experiencias aisladas dentro de la comunidad internacional, como destaca Brussa desde TAMPEP²⁵. Volnovich da cuenta, por ejemplo, de redadas similares de prostitutas extranjeras en Alemania ²⁶ y numerosas autoras señalan estrategias alternativas de represión estatal para el control de los mujeres migrantes. Es el caso de Pheterson, que narra diferentes anécdotas en relación a prácticas de control de “ciertas” mujeres extranjeras en Estados Unidos y Japón:

Refiriéndose a dos casos concretos –el de la activista feminista y científica social tailandesa Anjana Suvarnananda y el de Anita Hill en EE.UU- , afirma la autora cómo las mujeres que migran de los países pobres a los ricos pueden ser acusadas automáticamente de prostitución sea cual sea su actividad como excusa para su expulsión o como control de sus métodos de entrada y sustento de esas mujeres y las personas con ellas relacionadas ²⁷

O de Kantola y Squires en relación al Reino Unido. Según sus investigaciones, son muchas las mujeres que, en nombre de su protección frente a los traficantes, son detenidas, arrestadas y expulsadas sumariamente del país ²⁸. También Doezema critica ese impulso “protector” que va acompañado, en estos tiempos xenófobos y antiinmigración, del deseo de “prohibir la entrada” a extranjeros indeseables. Se refiere la autora al hecho de que muchos gobiernos asiáticos están respondiendo a sus miedos al tráfico a través de disposiciones legales que restringen la libertad de movimiento de las mujeres y afirma que las deportaciones de trabajadoras del sexo son comunes en muchos países:

Cita como ejemplos, el Reino Unido, donde la policía realiza redadas en burdeles londinenses expulsando del país a trabajadoras del sexo inmigrantes u Holanda con sus miedos a la inmigración ilegal, que le ha llevado a exigir que todas/os las/os que trabajan en el sexo lleven consigo documentos de identificación, un requerimiento al que ningún otro grupo profesional se encuentra sujeto ²⁹

.....
25 Cuando se refiere a la situación de desventaja legal y social en que se encuentran las trabajadoras sexuales bajo regímenes abolicionistas o reguladores a causa de su estatus migratorio ilegal. Brussa (2004), pp. 201,203.

26 Volnovich (2006), p. 79.

27 Pheterson (2000), pp. 27 ss.

28 Se refieren, en particular, a las redadas en el SOHO de Londres y citan en su apoyo denuncias de organizaciones de mujeres acerca de esa práctica policial. Kantola/Squires (2004), p. 91.

29 Literalmente, Doezema (2004), pp. 159,160.

Y, como siempre que se imponen desde el estado políticas excluyentes, migratorias o no, se acaban consolidando grupos sociales que son constantemente cuestionados, permanentemente bajo control y, por tanto, socialmente precarios. Hay una suma de prejuicios morales, de clase, colonialistas y de género ³⁰que descansan en la afirmación de una sexualidad marginal y estigmatizada, que es la que opera aquí como justificación de esa exclusión y de la negatividad que arrastra el trabajo del sexo.

Frente a esta ideología de la intolerancia no hay más solución que el reconocimiento de derechos. Es el viejo discurso del llamado “feminismo de los derechos”, a que se refiere Holgado ³¹, que se viene oponiendo a estas prácticas estatales represivas en defensa del respeto a la dignidad y la libertad de decisión y de movimientos de las mujeres prostitutas, como derechos humanos esenciales que deben ser garantizados:

Cinco objetivos son irrenunciables: 1. Que se reconozcan el derecho a emigrar, a la libertad de movimientos y a establecer sus propios negocios; 2. Que se reconozca que la prostitución es una actividad económica legítima; 3. Que se reconozca y respete la dignidad de las prostitutas y su capacidad de decidir, sin coacciones, a qué quieren dedicarse y cómo o con quién quieren establecer acuerdos comerciales; 4. Que se negocien, teniendo en cuenta la voz de las propias prostitutas, espacios públicos donde puedan ejercer libremente la prostitución, en buenas condiciones de higiene, seguridad y tranquilidad; 5. Que se persiga a las mafias que obligan y fuerzan a mujeres a prostituirse y las explotan en régimen de esclavitud...³²

Pero hay otro discurso desconcertante, proveniente también del feminismo, que niega legitimidad, como opción sexual, a la prostitución y que, en su afán de erradicarla, acaba compartiendo –o encubriendo– esas políticas neoliberales, cada vez más invasivas, de contención y de control del comportamiento de las mujeres.

A su indiferencia ante los problemas humanos de las prostitutas y de soledad con su lucha ³³ se refería recientemente Mathieu, cuando denun-

.....
30 Sobre las prostitutas como “traidoras de género”, habría mucho que decir. Véase Osborne (2007), pp. 33 ss. y, más ampliamente, Maqueda (2009), pp. 28 ss.

31 Holgado (2008), p. 11.

32 Manifiesto contra las prácticas represivas de los Ayuntamientos frente a la prostitución callejera –en particular, contra el de Madrid, bajo el Plan contra la esclavitud sexual de 2004. Con más detalle, Briz/Garaizábal (2007), pp. 167, 168.

33 También Garaizábal (2008 a) cuando denuncia la sistemática persecución y acoso a sus



ciaba el importante cambio de actitud que el movimiento feminista abolicionista había mostrado ante dos acontecimientos similares protagonizados por mujeres prostitutas y sucedidos en Francia con veintisiete años de distancia: la ocupación de iglesias de Lyon en 1975 en protesta por la represión policial y en favor de sus derechos sociales y las movilizaciones de 2002 en contra del proyecto de ley Sarkozy sobre la criminalización de actitudes meramente pasivas en el ejercicio de la prostitución en la calle –“*racolage passif*”³⁴- y la política de expulsión de las prostitutas extranjeras. Nos cuenta la autora que, frente a la posición que adoptó el feminismo de entonces, de apoyo a las prostitutas en una campaña solidaria por “la causa general de las mujeres”, el de hoy renunció a esa alianza contra la represión estatal por considerar que podía entenderse como “una empresa de legitimación de la actividad de la prostitución”. Y concluye Mathieu: mientras que las feministas abolicionistas y las militantes de los derechos de las prostitutas se enfrentaban, el Parlamento votaba la ley de seguridad interior que preveía un pena de prisión de dos meses y una multa de 3750€ por las referidas conductas³⁵. El viejo lema de la campaña de 1975, “*nos enfants ne veulen pas que leurs mères aillent en prison*”, no sirvió esta vez para nada.

Según nos cuenta Gay, sólo unos meses después de la entrada en vigor de esta ley para la seguridad interior habían sido detenidas, sólo en París, 103 prostitutas por ese delito de *racolage passif*. De ellas, 89 que eran extranjeras, se habían beneficiado de lo que el Prefecto de esta ciudad llamaba “un trato administrativo y social”, es decir, habían sido expulsadas o estaban incursas en algún procedimiento administrativo de petición de asilo o de residencia por colaboración con las autoridades. Una primera prostituta –kosovar y en situación irregular-, condenada a dos meses de prisión había ingresado en un penal de Burdeos por sospecha de prostitución³⁶.

Esta complicidad feminista con las regulaciones discriminatorias del estado y con sus coerciones³⁷ resulta insoportable. Hay que plantear una tregua para hacer valer, como entonces, la causa de las mujeres, de todas las mujeres.

derechos fundamentales ante la indiferencia del feminismo abolicionista, p. 107.

34 El art. 225-10-1 se refiere a incitar públicamente, por cualquier medio, incluyendo una actitud pasiva a mantener relaciones sexuales a través de una remuneración. Véase, Gay (2007), p. 145.

35 Mathieu (2003), 31 a 36.

36 Gay (2007) sobre noticias recabadas de la prensa francesa, en particular de Le Monde y Libération, pp. 146,147.

37 A la que se refiere también críticamente Pheterson (2009), p. 102.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLA, C.; FERNÁNDEZ, C.; NICOLÁS, G. y VARTABEDIAN, J. (2007): *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Barcelona, Virus.

BAUMAN, Z. (2000): *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa.

BORJA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (2006): "La represión preventiva", en *Diario El País* (Cataluña), 3 de abril de 2006.

BRIZ, M. y GARAIZÁBAL, C., coords. (2007): *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, Madrid, Talasa.

BRUFAO P. (2008): *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Madrid, Fundación Alternativas, Estudios de Progreso.

BRUSSA, L. (2004): "Migración, trabajo sexual y salud: la experiencia de TAMPEP", en OSBORNE, R. y otras (2004): *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

CASAL, M. y MESTRE, R. (2002): "Migraciones femeninas" en DE LUCAS/TORRES, ed. (2002): *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?. Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa.

COVRE, P. (2004): "De prostitutas a sex workers" en OSBORNE, R. y otras (2004): *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

DI GIORGI, A. (2005): *Tolerancia Cero. Estrategias prácticas de la sociedad de control*, Barcelona, Virus.

DOEZEMA, J. (2004): "¡A crecer!. La infantilización de las mujeres en los debates sobre el tráfico de mujeres", en OSBORNE, R. y otras (2004): *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

GARAIZÁBAL, C. (2008): "Las prostitutas toman la palabra. Las vicisitudes de su construcción como sujetos sociales", en HOLGADO, I. ed. (2008): *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago*, Barcelona, Icaria.



GARLAND, D. (2005): *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa.

GAY, S. (2007): "Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales" en: SERRA, R. coord. (2007): *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia, Tirant lo blanc.

HOLGADO, I. (2008): "Todas las voces para un mismo concierto feminista", en HOLGADO, I. ed. (2008): *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago*, Barcelona, Icaria.

JULIANO, D. (2008): "El pánico moral y la criminalización del trabajo sexual", en HOLGADO, I. ed. (2008): *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago*, Barcelona, Icaria.

KANTOLA, J. y SQUIRES, J. (2004): "Discourses Surrounding Prostitution Policies in de UK", en *European Journal of Women's Studies*, Vol. 11. Is.1.

MAQUEDA, M.L. (2008): "La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales", en *Jueces para la Democracia 61*, Marzo de 2008, pp. 19-29.

MAQUEDA, M.L. (2009): *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Granada, Comares.

MATHIEU, L. (2003): « Prostituées et féministes en 1975 et 2002. L'impossible reconduction d'une alliance. Prostitution : marchés, organisation, mobilisations » en *Travail, Genre et Sociétés*, nº 10.

OSBORNE, R. (2007): "El sujeto indeseado: las prostitutas como traidoras de género" en BRIZ, M. y GARAIZÁBAL, C. coords. (2007): *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, Madrid, Talasa.

PHETERSON, G. (2000): *El prisma de la prostitución*, Madrid, Talasa.

RIBAS, N., ALMEDA, E. y BODELÓN, E. (2005): *Rastreando lo invisible. Mujeres extranjeras en las cárceles*, Barcelona, Anthropos.

RUBIN, G.S. (2001) : « Penser le sexe. Pour una théorie radicale de la politique de la sexualité », en RUBIN, G. y BUTLER, J. (2001) : *Marché au sexe*, Paris, Epel.



SKROBANEK, S., BOONPAKDI, N. y JANTHAKKEERO Ch. (1999): *Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio internacional del sexo*, Madrid, Narcea.

TAMARIT, J.M., TORRES, N. Y GUARDIOLA, M.J. (2006): "¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Número 15.

VIRGILIO, M. (2001): "Legge e diritto", en SIGNORELLI, A. y TREPPETE, M., coords. (2001): *Manuale per gli interverte nel mondo della prostituzione migrante* (Estratto), Trieste, Asterios.

VOLNOVICH, J. C. (2006): *Ir de putas. Reflexiones acerca de los clientes de la prostitución*, Buenos Aires, Topía.



¿ES LA CONCILIACIÓN UN CONCEPTO EXITOSO Y UN OBJETIVO POLÍTICO FRACASADO?

Sara Moreno Colom
Centre d'Estudis Sociològics sobre la
Vida Quotidiana i el Treball (QUIT)
Universitat Autònoma de Barcelona

Introducción

Esta ponencia propone una reflexión sobre las políticas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal en el contexto europeo en general y el español en particular. Dicha reflexión surge a raíz de distintas investigaciones realizadas durante los últimos años por el *Centre d'Estudis Sociològics Sobre la Vida Quotidiana i el Treball (QUIT)* del Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona. Si bien estas investigaciones responden a diferentes objetivos, en todas se apuntan algunas conclusiones acerca de las políticas de conciliación. Unas conclusiones que sugieren la formulación del siguiente interrogante: ¿Es la conciliación un concepto exitoso y un objetivo político fracasado?

El objetivo principal de la ponencia será dar respuesta al interrogante planteado. Para ello, se proponen cuatro objetivos específicos: revisar los orígenes del concepto; hacer un balance de las actuaciones en materia de conciliación que se han desarrollado en el contexto del Estado español durante los últimos años; analizar las prácticas cotidianas y los imaginarios sociales que rodean dichas actuaciones; y, finalmente, apuntar algunas ideas para repensar las políticas de conciliación.

Los orígenes del concepto: el éxito.

Los orígenes etimológicos del concepto conciliación se encuentran en la palabra latina *conciliatio* estando su uso estrechamente vinculado al lenguaje legislativo. En cuanto el contenido semántico se refiere, el término conciliación hace referencia a la mediación, sin imposición, entre dos ámbitos contrarios (Junter-Loiseau-Tobler, 1999).

Estas raíces etimológicas y semánticas se mantienen hasta que a finales de los años 90 del siglo XX la conciliación entra a formar parte del vocabulario propio de las políticas públicas de la Unión Europea (UE). En concre-

to, las políticas de conciliación de la vida laboral y personal surgen como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo el 1997. Este consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo para promocionar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. En concreto, se acuerda como objetivo alcanzar el 60% de actividad laboral femenina en 2010. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria (Torns-Borras-Moreno, 2007).

En el caso del Estado español, el primer paso legislativo llega en noviembre de 1999 con la aprobación de la *Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* donde se incluyen algunas de las recomendaciones de dichas directivas. Posteriormente, en marzo de 2007, se amplía el marco legal con la *Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*. Para el caso catalán, cabe mencionar también, la ley sobre *medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña* en vigor desde julio del 2006.

La existencia de este marco legal representa un avance para la igualdad de oportunidades en la mediada que ilumina un conjunto de problemáticas invisibles hasta el momento. A pesar de ello, su contenido concreto invita a promocionar la participación de las mujeres en el ámbito laboral sin garantizar la participación de los hombres en el ámbito doméstico. Con todo, el trasfondo de este escenario legislativo ha sido objeto de críticas al responder a la lógica productiva y mostrarse ciego al género.

Por un lado, se ha denunciado el planteamiento engañoso y equivocado de las políticas de conciliación en cuanto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se refiere. Principalmente, porque en el centro de la prioridad política se encuentra el incremento de la actividad laboral femenina y no la revisión de la división sexual del trabajo (Bettio, 1998; Junter-Loiseau-Tobler, 1999). Por otro lado, se subraya que el marco legal subestima el trabajo dedicado a la reproducción de la vida humana en la medida que no considera la diversidad de contenidos, significados y representaciones que lo caracteriza en comparación con el trabajo productivo (Torns, 2004; Stratigaki, 2004).



Otras críticas apuntan que las políticas de conciliación promovidas desde la UE recogen las preocupaciones demográficas y laborales de los países miembros y no la demanda explícita de la población ocupada. En este sentido, Maccines (2005) subraya la imperiosa necesidad de la UE de incrementar las tasas de natalidad ante los crecientes flujos migratorios. Y, al hilo de dicha argumentación, Saraceno (2006) recuerda que la conciliación se ha convertido en una palabra central de las políticas sociales europeas a partir de la cual interaccionan políticas laborales, demográficas y de igualdad de oportunidades.

El balance de las actuaciones: la insatisfacción.

Cumplidos diez años de las primeras directivas europeas en materia de conciliación, la acumulación de experiencias en el contexto español permite apuntar un conjunto de ideas a modo de balance y validación de las sospechas iniciales.

En concreto, dicho balance se dibuja tomando como base empírica las siguientes investigaciones realizadas desde el QUIT: "El tiempo de trabajo en la negociación colectiva y sus efectos sociales" financiada por el *Ministerio de Ciencia y Tecnología* (SEC2001-2543) durante el trienio 2002-2004, cuyo objetivo era analizar la gobernabilidad de la conciliación en la negociación colectiva; "Nuevas organizaciones del tiempo: el tiempo de trabajo" estudio encargado por el *Consell Econòmic i Social de Barcelona* acerca de las políticas laborales sobre el tiempo de trabajo en el escenario europeo en general y el español en concreto; "Les polítiques de temps: un debat obert" investigación que recoge un balance de las distintas políticas de tiempo desarrolladas en la Unión Europea durante los últimos veinte años. En este caso, el estudio se realizó por encargo de la *Regidoria dels Usos Socials del Temps* de l'Ajuntament de Barcelona. Los ejes centrales del balance ponen de manifiesto como:

- Las políticas de conciliación se presentan como una cuestión "de y para" las mujeres.
- La legislación básicamente regula permisos para dar respuesta a momentos puntuales del ciclo de vida –maternidad, accidentes, movilidad, etc.- y no tiene presente las necesidades cotidianas y personales de las personas empleadas.



- En cuanto al trabajo de cuidados, se ofrecen más permisos, servicios y ayudas monetarias para la atención de los hijos e hijas que para la atención de los adultos dependientes. Por el contrario, las proyecciones demográficas apuntan el envejecimiento de la población por encima del crecimiento de la tasa de natalidad.
- Se constata la importancia de las directivas europeas para la inclusión de la conciliación en la agenda de la negociación colectiva.
- La conciliación no tiene un ámbito concreto dentro de la negociación colectiva y aparece parcelada y desdibujado en los distintos convenios.
- La conciliación no se considera un tema prioritario en la negociación colectiva a diferencia, por ejemplo, del salario.
- Existe una dificultad importante por definir el contenido de las medidas, en parte, debido a las distintas concepciones que manejan los agentes sociales.
- Las escuelas de negocio han introducido y promovido el interés por la conciliación en el ámbito empresarial bajo el lema de las políticas *family friendly*.
- En las empresas, las medidas de conciliación suelen gestionarse desde los departamentos de recursos humanos donde se subraya la dimensión individual del problema al tiempo que se persigue el incremento de la productividad y competitividad. En concreto, se piensa la conciliación como una estrategia para combatir el absentismo laboral, retener la mano de obra cualificada e individualizar las relaciones laborales.
- Algunas actuaciones impulsadas, tanto desde las empresas como desde las instituciones públicas, polarizan la población empleada.

En definitiva, las actuaciones políticas impulsadas hasta el momento manejan un concepto de conciliación que antepone las necesidades del mercado de trabajo a las de la vida familiar y personal. En última instancia, se persigue la disponibilidad laboral de la población ocupada por encima de la atención de las responsabilidades domésticas y la satisfacción de las necesidades personales. Y, en el mejor de los casos, cuando se facilita la atención de las responsabilidades domésticas, no se considera la división sexual del trabajo que preside, actualmente, la organización de la vida cotidiana.



Las resistencias culturales.

A la luz de este balance insatisfactorio desde la perspectiva de género, parece posible afirmar que la regulación legal es necesaria pero insuficiente. ¿Cuál es la razón de dicha insuficiencia? Las evidencias empíricas recogidas en distintos estudios sociológicos acerca de la relación tiempo y trabajo apuntan a las resistencias culturales de la población como respuesta (Torns-Carrasquer-Borràs, 2005; Moreno, 2007). Unas resistencias que condicionan las actitudes y los comportamientos de los hombres y las mujeres, a la vez que ponen de manifiesto una brecha que separa los discursos de las prácticas cotidianas.

En efecto, a pesar de que la igualdad de oportunidades constituye uno de los ejes centrales del ideario político del modelo social europeo, las evidencias empíricas muestran como la división sexual del trabajo sigue estructurando la vida cotidiana de la ciudadanía europea. Se trata de un fenómeno que se da con independencia de las diferencias políticas y culturales existentes entre los distintos países de la UE. Según los últimos datos disponibles a nivel europeo sobre uso del tiempo (Aliaga, 2006), las mujeres adultas europeas siguen dedicando más tiempo que sus homólogos masculinos al trabajo doméstico. Mientras que, por el contrario, los hombres europeos siguen dedicando más tiempo al trabajo remunerado en comparación a sus homólogas femeninas. Según datos de la Encuesta de Empleo del Tiempo realizada por el Instituto Nacional de Estadística (2002-2003), la dedicación diaria al trabajo doméstico representa 4 horas 24 minutos para las mujeres españolas y 1 hora 30 minutos en el caso de los hombres.

Al lado de la división sexual del trabajo, estudios recientes (Parent-Thirion, 2007) recuerdan como se mantiene la desigual distribución de la carga total de trabajo entre hombres y mujeres. En concreto, los datos relativos a la media europea apuntan que mientras la carga total de trabajo de los hombres empleados a tiempo completo suma 54 horas a la semana, la carga total de trabajo de las mujeres en esta misma situación supera las 65 horas semanales.

En esta tesitura, parece cuanto menos oportuno preguntarse por el origen de la brecha que separa los discursos de las prácticas cotidianas. La respuesta podría encontrarse en el mantenimiento de tres imaginarios que presiden la organización de las sociedades occidentales desde los orígenes de la industrialización: la centralidad de la jornada laboral en la orga-



nización de la vida cotidiana, la invisibilidad social y económica del trabajo doméstico y el modelo que atribuye al hombre la responsabilidad del sustento económico de la familia y a la mujer el mantenimiento del hogar y el cuidado de las personas.

El peso simbólico de dichos imaginarios representa un obstáculo sociocultural para la igualdad de oportunidades efectiva entre hombres y mujeres de momento insuperable por un discurso social favorable.

Conclusiones: usos, abusos y horizontes

Las principales conclusiones acerca del balance sobre las políticas de conciliación apuntan usos y abusos del concepto conciliación, así como luces y sombras alrededor de sus políticas. Ciertamente, la conciliación se presenta como un concepto sugerente y con mucho potencial heurístico, pues ilumina viejos problemas relacionados con las desigualdades de género en general y la invisibilidad del trabajo doméstico en particular. Pero el abuso político y social de dicho concepto parece restarle capacidad transformadora para la igualdad de oportunidades efectiva entre hombres y mujeres.

Este abuso conlleva una cierta institucionalización del concepto que a menudo se presenta como una finalidad política ideológicamente neutra y no como un instrumento de intervención sujeto a intereses particulares. Con todo, a lo largo de los últimos años se ha venido anulando el debate entorno los contenidos concretos que deben guiar las actuaciones hasta el punto que la mayoría de ellas aparecen “ciegas al género”. En palabras de Stratigaki (2004), se trata de un proceso de cooptación del concepto que ha supuesto la corrupción de su significado inicial a favor de la flexibilización del mercado de trabajo y en contra de la igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, parece posible afirmar que se impone una concepción de la conciliación continuista respecto la división sexual del trabajo, la invisibilidad del trabajo doméstico y la organización social del tiempo. Y, en última instancia, se consiente socialmente la situación de doble presencia que caracteriza la vida cotidiana de las mujeres adultas al tiempo que se sigue tolerando la “unipresencia” masculina.

¿Cómo superar los abusos de un concepto útil? Seguramente es necesario subrayar los horizontes que deberían guiar el diseño y planificación de las políticas. Unos horizontes hacia el buen uso y que eviten el abuso. Por ello, es necesario que las medidas de conciliación entre la vida laboral, familiar



y personal permitan: ampliar el sujeto de la conciliación más allá de las madres trabajadoras; promocionar la domesticidad masculina, regular la trayectoria laboral según el ciclo de vida y reducir la jornada laboral de forma sincrónica y cotidiana.



BIBLIOGRAFIA

BETTIO, F. y otros/as (1998): *Care in Europe*, Comisión Europea.

CARRASCO, C. y otros/as (2003): *Tiempos, trabajos y flexibilidad: una cuestión de género*, Madrid, Instituto de la Mujer.

CHINCHILLA, N.; POELMANS, S. (2002): *Políticas familiarmente responsables. Informe IFREI*, Barcelona, IESE-Universidad Navarra.

COMISIÓN EUROPEA, (1999): *Conciliation de la vie professionnelle et familiale et qualité des services de soins. Rapport sur les recherches existant dans l'Union Européenne*, Luxembourg, Commission Européenne.

JUNTER, H.; LOISEAU, A.; TOBLER, C. (1999): «Reconciliation of domestic and care work with paid work.» En A: O. HUFTON; Y. KRAVARITOU (eds). *Gender and the use of time*, La Haya, Kluwer Law Int.

LEWIS, J., ed., (1998): *Gender, social care and welfare state restructuring in Europe*, Aldershot, Ashgate.

MACINNES, J. (2005): "Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, pp. 35-71.

MARUANI, M.; ROGERAT, C.; TORNS, T., eds (2000): *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, Barcelona, Icaria.

MORENO, S (2005): "Conciliació: l'èxit d'un concepte, la insatisfacció d'unes polítiques", en *Revista Nous Horitzons*, 180, pp. 21-26

PARENT-THIRION, A; FERNÁNDEZ, E; HURLEY Y. J. y VERMEYLEN, G. (2007): *Fourth European Working Conditions Survey*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

PRIETO, C., ed., (2007): *Trabajo, género y tiempo social*, Madrid, Hacer Editorial/Editorial complutense.

SARACENO, C. (2006): "Usi e abusi del termine conciliazione" en *Economia & Lavoro*, 40, pp. 31-34.



STRATIGAKI, M. (2004): "The cooptation of gender concepts in EU policies: the of work and family", en *Social politics*, 11(1), pp. 30-56.

TORNS, T. y MIGUÉLEZ, F., coords., (2000): *Temps i ciutat*, Barcelona, Consell Econòmic i Social de Barcelona.

TORNS, T.; MIGUÉLEZ, F.; BORRÀS, V.; MORENO, S. y RECIO, C. (2006): *Noves organitzacions del temps de treball. Balanç d'actuacions a la Unió Europea*. Barcelona, CESB-Ajuntament de Barcelona.

TORNS, T.; BORRÀS, V. y CARRASQUER, P. (2004): "La conciliación de la vida laboral y familiar, ¿Un horizonte posible?", en *Sociología del Trabajo*/50.

TORNS, T. (2004): "Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del estado del bienestar", en *Trabajo* 13, pp. 145-164.

TORNS, T.; BORRÀS, V. y MORENO, S. (2007): "Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo" en *PAPERS*. 83, pp. 83-96.





¿DEL PARTO INDIVIDUAL A LA SOCIALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD? ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA ANDROCÉNTRICA FRENTE A LOS NUEVOS MODELOS JURÍDICOS IGUALITARIOS

Olga Paz Torres

Profesora Ayudante Dra.

Historia del Derecho y de las Instituciones

Universitat Autònoma de Barcelona

Presentación

Históricamente es una constante en España que la maternidad y sus funciones se atribuyen a la mujer, idea fundamentada en la permanencia de los roles tradicionales según los cuales ella es la cuidadora de la familia. En el presente artículo pretendemos analizar el recorrido legislativo de un cambio en las estructuras androcéntricas, en alusión al título del Congreso, tomando como ejemplos dos leyes: la ley de 13 de marzo de 1900 y la actual ley de igualdad. Veremos como las primeras leyes atribuyen derechos, sí; pero en la otra cara de la moneda está la perpetuación del rol descrito.

Alexandra Kollontay en 1920 afirmaba que “la maternidad es un deber social y no un asunto privado”. El salto hacia una concepción de la maternidad en la que el Estado aparece socialmente responsable conlleva una alteración de las estructuras citadas. Lo vemos en la aparición de instituciones que refrendan esta idea (desde las llamadas casas-cuna hasta la implementación de una jornada intensiva). Está claro que, al menos en el plano teórico, la maternidad deviene un deber social, que trasciende los límites de la responsabilidad individual de la madre. Máxime cuando la presente Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y de hombres apela expresamente en el artículo 14.7 a la “asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia”.

El discurso androcéntrico en la Ley de 13 de marzo de 1900 reguladora de las obligaciones derivadas de la maternidad.

El presente artículo parte del marco conceptual específico como es el uso de la categoría “género” para situar a las mujeres en el contexto histórico-jurídico que analiza la construcción de los roles, masculinos y feme-

ninos¹. Esta aproximación, pensamos, permite acercarse mejor a las leyes y sistemas jurídicos objeto de estudio. Así, la expresión de Joan Scott acerca de que el “género” es “la organización social de la diferencia sexual”² es uno de nuestros puntos de partida, tomando en consideración los espacios públicos y privados. Respecto del primero, entendemos que la desigualdad en el ámbito público entre hombres y mujeres es una de las claves de la sociedad contemporánea en sus orígenes³.

En el ámbito de la consideración del “género” como categoría de análisis útil, siguiendo el lenguaje de Scott, analizaremos uno de los textos jurídicos más importantes en España que aborda uno de los aspectos de la llamada “cuestión social”: la Ley de 13 de marzo de 1900 reguladora de las condiciones de trabajo de las mujeres⁴.

Como la historiografía ha demostrado, la primera legislación social desarrollada en España se caracteriza por su parcialidad en el ámbito de aplicación y por la dificultad de llevar a cabo su efectivo cumplimiento⁵. Además, teniendo en cuenta que la llamada cuestión social regula en primer lugar las condiciones de trabajo de las medias fuerzas, estamos ante una legislación que tiene en su punto de mira la condición biológica de madre de la mujer trabajadora en el periodo del embarazo, parto y primeras semanas de vida⁶. La problemática específica de la maternidad de las mujeres trabajadoras es objeto de regulación en esta ley, con “normas aparentemente protectoras, pero en el fondo discriminadoras de la mujer frente al varón”⁷.

.....
1 SCOTT, Joan, “Gender a Useful Category of Historical Analysis”, *American Historical Review* (1986), vol. 91, núm. 5, pp. 1053-1075; THÉBAUD, Françoise, “Género e historia en Francia: los usos de un término y de una categoría de análisis”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, UCM, num. 28 (2006), Dossier: mujeres, hombres, historia, pp. 41-56.

2 SCOTT, Joan, Op. cit., 1986. De la misma autora, *La Citoyenne paradoxal. Les féministes françaises et les droits de l’homme*, Paris, Albin Michel.

3 NIELFA, Gloria, “La revolución liberal desde la perspectiva de género”, en GÓMEZ-FERRER, Guadalupe, *Las relaciones de género*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 103-120.

4 Publicada en la *Gaceta de Madrid* el 14 de marzo de 1900.

5 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Estudio Preliminar. La formación del Derecho de Trabajo en España”, *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, p. Ll.

6 ESPUNY, María Jesús, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor* 2/2006. De la misma autora, véase “Legislació històrica i gènere”, en BODELÓN, Encarna; GIMÉNEZ, Pilar (coord.), *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d’intervenció de les polítiques de gènere*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 2007, pp. 15-33.

7 MONTOYA MELGAR, Antonio, “El derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres”, CASAS BAHAMONDE (et alii), *Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, 2006, pp. 27-46, p. 32.



En líneas más generales, la cuestión social puede ser interpretada en sus orígenes como un problema de indigencia y de pauperismo bajo fuertes componentes religiosos y morales, y también como un problema jurídico que encuentra su tratamiento en la intervención del Estado⁸. Si bien entendemos que no solamente se trata de una cuestión histórica: los problemas que plantea y sobre los que gira la vida social, económica, jurídica, etc., llegan hasta nuestros días. La presente comunicación no da respuesta, ni tampoco lo pretende, a la pregunta del título. La intención es analizar el discurso de la legislación de referencia y, desde una perspectiva de género, establecer las estructuras androcéntricas de la primera ley española que aborda el tema de la maternidad y que sitúa a la mujer en el centro del discurso tuitivo con consecuencias discriminatorias⁹.

Aspecto éste que presenta la consideración del papel de la mujer en el imaginario de liberales y conservadores. Es evidente que el rol femenino tras la revolución liberal se ve afectado en el sentido que se establece un eje político y jurídico que no afecta a las mujeres¹⁰. Entendemos que los derechos proclamados por el liberalismo no tienen en ellas ninguna proyección. El universo jurídico piensa en masculino a la vez que se consagran las esferas pública y privada y la marginación de la mujer al espacio privado frente al masculino en el público. No podemos obviar este aspecto en el análisis de la legislación: la distinta percepción del género femenino implica unas consecuencias muy marcadas.

En este planteamiento surge, en el plano social, el discurso de la protección de la mujer que coincide con el cambio de siglo¹¹. Anotemos que no se

.....
8 SUÁREZ CORTINA, Manuel, *Revista de Historia Contemporánea*, 29, 2004, p. 533, "Presentación" al número dedicado a "La "cuestión social" en la España Liberal. Del mismo número, véase LACALZADA MATEO, María José, "Las mujeres en la "cuestión social" de la Restauración: liberales y católicas (1875-1921)", pp. 691-718.

9 Entendemos que es así al hilo de lo escrito por Alfredo Montoya Melgar, quien insiste en el carácter tutelar alejado de cualquier idea de igualdad: "Curiosamente, la Ley Dato no contempla como derecho sino como prohibición de trabajar el descanso de tres semanas tras el parto, aunque también prevé la suspensión previa voluntaria (en tiempo que no precisa) con reserva de plaza", MONTOYA MELGAR, A., Op. cit. (2006), p. 32.

10 En la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, columna vertebral del nuevo orden liberal, "Hombre" efectivamente parece referirse más a "andros" que no a "anthropos".

11 Por otro lado es cierto que en el siglo XIX en España, y con Concepción Arenal a la cabeza, surge la denominada "conciencia nueva" en busca de una identidad femenina propia. Publicaciones como la Instrucción para la Mujer (1882) ya contemplaban la incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Véase, entre otros, ARENAL, Concepción, *La mujer del porvenir*, Sevilla, Eduardo Peire, 1869; DE BURGOS, Carmen, *Misión social de la mujer*, Bilbao, Imp. José Rojas, 1911.

trata de una política jurídica basada en la no discriminación, es al contrario como hemos apuntado antes: entendemos que esta protección legal de las trabajadoras va unida al deber de Estado de asistencia de las futuras generaciones. Es lo que Martín Valverde llama “depauperación de la salud de la población” y la consecuente necesidad de la “conservación de recursos humanos”¹². Este mismo autor alude al llamado Informe Percival, el cual justifica que el primer grupo normativo de la legislación laboral sea el de la protección de los niños y de las mujeres porque lo que está en juego es “la destrucción de la energía vital de la generación naciente”¹³.

De manera que se establece un sistema tuitivo y de protección hacia las medias fuerzas basado en la distinta naturaleza entre hombres y mujeres, con especial referencia a ellas como grupo vulnerable. Este extremo debe enlazarse con la continuidad social y jurídicamente aceptada del modelo de familia tradicional donde el varón es el *breadwinner* y la mujer es la cuidadora del hogar.

Todo lo cual tiene lugar en un contexto en el que la progresiva e imparable incorporación al trabajo asalariado por parte de las mujeres es una realidad. Hasta tal punto esto es así, que los trabajos de la Comisión de Reformas Sociales (1873), ejemplo temprano del intervencionismo científico, dedican al trabajo de la mujer parte de los cuestionarios con los que recaban información sobre el estado de la clase trabajadora¹⁴.

Se trata de uno de los aspectos de la voluntad del legislador; en la letra de ley vemos el establecimiento de derechos precarios, motivados por un incipiente intervencionismo político cuyos representantes, hombres, se mueven más cómodamente en el discurso de la filantropía y la caridad cristiana¹⁵.

.....
12 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Estudio Preliminar. La formación del Derecho de Trabajo en España”, *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, p. LI.

13 *Ibidem*. El Informe Percival está citado en nota núm. 68, p. LI-LII.

14 La Real Orden de 28 de mayo de 1884 establece las Comisiones provinciales y locales de Reformas Sociales y el conjunto de cuestionarios dedicados a recabar información oral y escrita de las condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora. La estructura corresponde a 223 preguntas divididas en 32 apartados. En concreto, el apartado número XIV (preguntas 93-104) corresponde al “Trabajo de las mujeres”.

15 La ley de 13 de marzo de 1900 es un proyecto del abogado y político conservador Eduardo Dato Iradier (1856 - 1921), asesinado como respuesta a la represión ejercida contra la clase trabajadora y sus líderes sindicales, especialmente en Barcelona. En 1899 ocupó la cartera de Gobernación, bajo la presidencia de Silvela, en la que desarrolló un plan de reformas sociales con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y la citada ley de Mujeres, que sirvieron de arranque de la moderna legislación social española.



La Ley de 13 de marzo de 1900, que establece un especial trato jurídico de las mujeres y de la mano de obra infantil, constituye un ejemplo de esta premisa. Encontramos en ella los abusos a los que la mano de obra femenina -igual que la infantil- se veía sometida en España. Así, la falta de vigilancia por parte de las autoridades para que se cumpliera el articulado de la ley es una constante¹⁶.

Una de las cuestiones previas a tratar pasa por analizar los motivos que llevan al primer legislador en España a la regulación específica del trabajo de la mujer. En este sentido, la hipótesis de partida es la siguiente: la primera legislación social española que regula aspectos relacionados con la mujer trabajadora, más concretamente la Ley de 13 de marzo de 1900 y el reglamento que la desarrolla, perpetúa el rol tradicional de la mujer como cuidadora de su familia. De ahí que parte del título de la presente comunicación incida en la idea del “parto individual” y las consecuencias que comporta en el plano sociolaboral.

Paralelamente, la ciencia médica -desde el siglo XIX- insistía en demostrar la debilidad de la mujer, ser sujeto a crisis periódicas físicas y emocionales (reglas, embarazos, puerperios...). Este extremo es muy importante tenerlo presente puesto que las mujeres se conciben como seres inferiores sujetos a la función maternal para las que están destinadas¹⁷.

Bajo este panorama, la mujer que trabaja y es madre a principio de siglo acarrea individualmente con la carga de la maternidad, y la legislación apuesta de manera clara por la defensa de este papel de madre individualmente responsable, y a esta idea nos referimos con la expresión “parto individual” que encabeza el título de la comunicación. Y, efectivamente, se trata de una carga: la mujer trabajadora debe ser la responsable del cuidado de sus hijos en los primeros meses de vida, atribución que va de la mano de la falta de remuneración.

Veamos como reproduce este extremo el texto legal. El artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 establece el imperativo legal siguiente: “No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento” que se completa con el Capítulo II del Reglamento que desarrolla la ley, de 13 de noviembre del mismo año. Más concretamente,

.....
16 CAPEL, Rosa, *El trabajo y la educación de la mujer en España*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1982, pp. 85-86.

17 Es fundamental la línea abierta al respecto por AMORÓS, Celia, DE MIGUEL, Ana (eds.), *Teoría feminista de la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva Ediciones, 2005.

el artículo 18 del reglamento establece el derecho que tienen las madres trabajadoras a la reserva de “el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento”.

Se trata del primer antecedente histórico en nuestro país del permiso por maternidad no remunerado, a diferencia de la hora de lactancia, derecho que también prevé la Ley en el mismo artículo 9¹⁸.

Parece claro que el nuevo sistema liberal permite al hombre desarrollar la vida social de acuerdo con los roles que se le atribuyen (los cuales todos apuntan hacia el espacio público o exterior, empezando por el de ganador de pan apuntado). En cambio, e inmediatamente, surgen algunas preguntas respecto al papel de la mujer que es madre y además trabaja: ¿Qué hacer con ella? ¿No queda dislocada la feminidad cuando se incorpora a espacios básicamente masculinos? ¿Cómo se armoniza la maternidad con el proceso de emancipación femenina?

La socialización de la maternidad y cambio en las estructuras sociales. La “mujer nueva” de Alexandra Kollontay.

Las preguntas anteriores también se las hace Alexandra Kollontay, figura clave en el pensamiento femenino por lo que respecta a la ruptura conceptual y de roles tradicionales de la mujer trabajadora¹⁹. Constructora de un discurso feminista con planteamientos y soluciones prácticas, Alexandra Kollontay afronta en sus escritos la necesidad de la revolución de la mujer²⁰. Pero, ¿qué

.....
18 “Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho á sus hijos. Esta hora se dividirá en dos periodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde.

Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieran escogido.

No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia”.

19 Alexandra Kollontay (San Petersburgo, 1872 – Moscú, 1952), revolucionaria feminista rusa y aristócrata, líder de la revolución bolchevique y ministra de bienestar social en el primer gobierno de Vladimir Illich Lenin. Véase PAZ TORRES, Olga, “La mujer nueva de Alexandra Kollontay: aproximación a través de su biografía, Isabel Oyarzábal Smith”, SUÁREZ SUÁREZ, Carmen (ed.) (2009), *Maternidades. (De)construcciones feministas*, Ed. KRK, Oviedo, pp. 91-108.

20 Destacamos algunas de sus obras traducidas por primera vez al español en los años 70: “La nueva mujer”, *Autobiografía de una mujer sexualmente emancipada*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975; *La Oposición obrera*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975; *La mujer en el desarrollo social*, Ed. Labor, Barcelona, 1976; *La mujer nueva y la moral sexual y otros criterios*, Ed. Ayuso, Madrid, 1976; *Marxismo y revolución sexual*, Ed. Miguel Castellote, Madrid, 1976.



tipo de revolución necesita? En primer lugar una revolución de la vida cotidiana y de las costumbres entre las que destaca la socialización del trabajo doméstico y del cuidado de los niños. De esta manera, el deber de asistencia, como apuntamos en el título, no puede ser misión de la familia que mantiene los roles tradicionales según los cuales la mujer es la cuidadora y el varón el proveedor. Sí, sin embargo, es un deber que corresponde al Estado: el punto de mira recae en la protección de la salud y la maternidad de las mujeres trabajadoras. El discurso presenta *grosso modo* la siguiente idea: el Estado necesita niños y, en consecuencia, tiene que cuidarlos²¹.

La maternidad deviene un deber social, que trasciende los límites de la responsabilidad individual de la madre: en palabras exactas de Kollontay, "la maternidad es ya un deber social y no un asunto privado"²² con lo que no queda muy claro "hasta dónde puede colisionar este deber con el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo"²³. Esta premisa obliga a la adopción de medidas por parte del Estado que van desde la protección legal de la mujer hasta la renovación del sistema educativo.

Parece claro que la revolución que la mujer necesita incluye la socialización del trabajo doméstico, además de una nueva concepción de la maternidad de las mujeres trabajadoras:

"El objetivo (...) es que todas las obreras y campesinas puedan acudir a su trabajo con la tranquilidad porque saben que su hijo se halla bien atendido en la sala de lactantes, en el jardín de la infancia o en el hogar de día. Estas instituciones sociales que están abiertas a todos los menores de dieciséis años son las premisas necesarias para la creación de un nuevo ser humano. En esos sitios se encuentran los niños, día tras día, bajo la vigilancia técnica de pedagogos y médicos"²⁴.

.....
21 En este sentido, sabemos por las lecciones pronunciadas por Alexandra Kollontay en la primavera de 1921 en la Universidad Sverdlov de Leningrado, que la URSS ya contaba, desde 1918, con diferentes centros estatales como la "Institución Maternal del Estado", la "Sección para Pedagogía Social en el Comisariado del Pueblo para Educación", el "Palacio de protección a la mujer", o el "Comisariado del Pueblo para la Salud Pública" que incluía una "sección de protección a la madre y al lactante"; KOLLONTAY, A., 1976:239.

22 KOLLONTAY, A., 1976:241.

23 DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., "El conflicto de clase-sexo-género en la tradición socialista"; Utopías, nuestra bandera: revista de debate político, núm. 195, 2003, pp. 77-92. De la misma autora véase, "Alejandra Kollontai: la mujer nueva", *Arenal, Revista de Historia de las Mujeres*, núm. 1, enero-junio 2000, pp. 233-252.

24 KOLLONTAY, A., 1976:243-244.

La protección de la maternidad y la infancia es uno de sus objetivos principales:

“El logro más importante del Comisariado del Pueblo²⁵ consistió en la base legal de una Oficina Central de la Maternidad y la Protección de la Infancia. El anteproyecto de ley relativo a esta Oficina Central fue firmado por mí en enero de 1918. Lo siguió un segundo decreto en el que yo convertía todas las maternidades en Hogares para el Cuidado Maternal e Infantil gratuitos, con el objeto de establecer así los cimientos de un sistema gubernamental especializado en los cuidados prenatales”²⁶.

Las mujeres deben ser descargadas de los trabajos domésticos y hasta donde sea posible de la tarea social de la reproducción de la especie. Sólo así podrán, sin poner en peligro su salud, cumplir con su trabajo productivo de una forma satisfactoria y aspirar a promocionarse y ocupar trabajos cada vez más cualificados. La consecuencia es la implantación de una red de instituciones sociales para la mujer y los recién nacidos, conocidos como los “hogares maternos” instalados en ciudades o como “jardines de infancia de verano” instalados puntualmente en el campo, coincidiendo con la época de la cosecha para que así las mujeres campesinas puedan trabajar sin desatender a sus hijos.

El discurso combativo y reformador de Alexandra Kollontay va más allá y lo entendemos en sintonía con la revolución radical propuesta de las normas de comportamiento más tradicionales, desde la crítica a la pauta de la doble moral que concede más libertad sexual al hombre que a la mujer hasta la defensa de la mujer independiente que exige respeto para su ego. En este sentido, el pensamiento de Kollontay no se limita a la defensa de la revolución cultural y sexual: el cambio de conciencia pretende dar lugar a su vez a un cambio en la organización de las estructuras sociales, donde las pretensiones sean también medidas legislativas. Un ejemplo es la defensa de la Disposición sobre protección de la salud de las mujeres de 18 de noviembre de 1920 que legaliza la interrupción del embarazo²⁷:

.....
25 Del que ella está al frente.

26 El cargo que ocupaba, entre octubre de 1917 y la renuncia en marzo de 1918, exactamente era el de Comisaria del Pueblo de Bienestar Social, KOLLONTAY, A., 1975:50-51.

27 Entre cuyas disposiciones reproducimos las siguientes: “1. Se permite la realización gratuita de interrupciones de embarazo en los hospitales soviéticos en que exista la máxima seguridad para las operaciones. 2. Se prohíbe a toda persona -excepto a los médicos- la práctica de estas operaciones. 3. Todo médico que lleve a efecto un aborto mediante pago entre su clientela privada será entregado a la justicia” KOLLONTAY, A., 1976:248.



“Hoy se practica el aborto en todos los países y ninguna ley lo puede impedir con eficacia (...). Un aborto practicado por un cirujano en condiciones normales no supone en absoluto ningún peligro para la salud de la mujer y además, luego, puede volver más rápidamente a la producción. El Gobierno soviético ha visto bien claro que los abortos no cesarán hasta que en Rusia no se cree una red ampliamente ramificada de instalaciones de protección a la madre y otras instituciones sociales”²⁸.

Vemos cómo la maternidad se concibe desde todos los ámbitos como un factor dentro de la política para la incorporación de la mujer en el trabajo y cómo las mujeres tienen que ser madres en las condiciones más favorables.

Conclusiones. Nuevos modelos jurídicos igualitarios.

Nuestra hipótesis de partida implicaba como el parto y lo que se deriva de él comportaba para la mujer la dificultad de compaginar la maternidad con el trabajo remunerado fuera del hogar, cuando no la reclusión directa en el ámbito doméstico. Hemos visto como la Ley de 13 de marzo de 1900, que trataba de proteger la maternidad, no dejaba de concebirla como asunto reservado que competía a la mujer. Es cierto que el legislador protege la salud de la mujer, pero especialmente la de las futuras generaciones. Aspecto que nos lleva a cuestionarnos quién es el verdadero sujeto de derechos que se encuentra detrás de estas normas. Pensemos especialmente en el permiso de lactancia. El sujeto protegido ¿es la madre o son las generaciones futuras?

Igual que es cierto que al mismo tiempo penaliza la maternidad: hemos visto que no existe remuneración ninguna en 1900. Por lo tanto, la concepción jurídica protectora para la mujer tiene en el descanso posterior al parto, obligatorio y no remunerado, unas consecuencias discriminatorias que se matizan con las sucesivas normas que lo corrigen y lo refuerzan, hasta llegar a las medidas actuales²⁹.

Pensemos en nuestro ordenamiento jurídico: está hoy en día provisto de disposiciones relacionadas con la conciliación de la vida laboral y familiar que, si bien son una teórica manifestación del principio de igualdad de mujeres y hombres, en la práctica implican que sean las mujeres las que

.....
28 KOLLONTAY, A., 1976:248-249.

29 ESPUNY TOMÁS, M., Op. cit. 2006.

compatibilicen ambos trabajos³⁰. El traslado de la maternidad de la esfera individual femenina al espacio público donde la responsabilidad sea compartida por la sociedad es uno de planteamientos, y entendemos que también uno de los retos, de la actual Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres³¹.

Una primera conclusión pasa por considerar que la tendencia a la igualdad real entre hombres y mujeres tiene en las políticas legislativas un importante punto de apoyo. Pero no podemos afirmar que se trate de un objetivo alcanzado³². En este sentido, los mecanismos institucionales y jurídicos deben ir acompañados de un cambio de actitud social, sin el cual el alcance del reparto igualitario entre hombres y mujeres no pasará de la condición de presupuesto teórico frente a la tradición social de claro signo contrario.

Hasta la actual Ley de Igualdad (LOIEMH), y sin obviar los avances en términos de protección social de la madre trabajadora, el enfoque por parte de los propios poderes públicos seguía siendo el de la consideración de la maternidad como algo privado y que afectaba especialmente a la mujer, en el bien entendido que la legislación debía suministrar soluciones en el plano más relacionado con la salud de la mujer y del hijo. Ambos, en el imaginario del legislador, son inseparables.

La Ley de Igualdad rompe en el plano del discurso con esa concepción: va más allá de la protección y hace a toda la sociedad responsable, atacando las discriminaciones que, paradójicamente, la propia protección conllevaba.

Nos parece interesante apuntar que otra de las grandes paradojas es que el avanzado pensamiento del artículo 14.7 de la LOIEMH cuando expresa-

.....
30 "Las actuales políticas de "conciliación" de la vida laboral y familiar están dirigidas fundamentalmente a las mujeres, para que éstas "concilien" lo que siempre han conciliado", CARRASCO, C. (et alii), *Trabajo con mirada de mujer*, CES, Madrid, 2004.

31 Es cierto en este sentido que esta ley contiene la voluntad de fomentar la "corresponsabilidad de hombres y mujeres frente a las obligaciones familiares". Por otra parte no es menos cierto que "la LOIEMH deja todavía huecos pendientes, que podrían determinar incluso una discriminación indirecta por razón de sexo", GALA DURÁN, Carolina, "Los aspectos de Seguridad Social de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Iuslabor*, 2/2007.

32 Por otra parte, como afirma Montoya Melgar "el hecho de que los mecanismos jurídicos de igualdad laboral redunden en su mayoría en cargas económicas empresariales plantea en muchos casos la pregunta de si tales instrumentos de mejora de la condición femenina no pueden resultar a la postre factores disuasorios de la contratación de mujeres", MONTOYA MELGAR, A., Op. cit. (2006), p.41.



mente apela a la “asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia” ya había sido formulado en la década de los años veinte del siglo XX por mujeres como Alexandra Kollontay. La sensibilidad y la conciencia de que la maternidad tenía que tener un alcance social, extremo que además era planteado en forma de propuestas concretas, choca con la tardanza en su aplicación. Posturas en el plano del discurso teórico, pero también práctico, como las de la feminista rusa son auténticas críticas al modelo de concepción tradicional de la maternidad que se estaba desplegando en los diversos países del entorno europeo. Así, la *mujer nueva* de Alexandra Kollontay rompe con la perpetuación del rol que ya hemos descrito. Este modelo tradicional de atribución en exclusiva a la mujer de la maternidad y de las cargas de cuidado que de ella se deriva no es más que la asignación de un rol social específico por cuestión de sexo y una de las causas últimas de su discriminación.

La concepción de la mujer nueva, con los cambios estructurales que comporta en la sociedad en el plano laboral, de medidas conciliadoras, cambio de mentalidad, etc., fue formulado ya en el siglo XX. El hecho de que la legislación tenga que esperar hasta el 2007 para ver reflejada una nueva concepción de la maternidad y sus consecuencias, entendemos que es el negativo de la imagen de una sociedad en la que se manifiestan por igual carencias y desigualdades. También es sintomática la necesidad de una ley específica para desarrollar el principio de igualdad, teniendo en cuenta que se trata de un principio constitucional teóricamente consolidado desde 1978 en nuestro país.

La tardanza en recoger el testimonio de antiguas reivindicaciones, como lo pone de manifiesto la necesidad de regular por Ley Orgánica las consecuencias derivadas de derechos fundamentales y constitucionales, es un motivo para reflexionar acerca de la necesidad de los cambios en la concepción más tradicional de la maternidad. Lo cual, obviamente sin despreciar el avance, es un ejemplo de la concepción tardía de la mujer nueva.



BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS, C., DE MIGUEL, A. eds. (2005): *Teoría feminista de la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva Ediciones.

ARENAL, C. (1869): *La mujer del porvenir*, Sevilla, Eduardo Peire.

BORDERÍAS, C. ed. (2007): *Género y políticas del trabajo en la España contemporánea (1836-1936)*, Barcelona, Icaria.

BORDERÍAS, C. (2006): *Joan Scott y las políticas de la historia*, Barcelona, Icaria.

BORDERÍAS, C. (1994): *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Barcelona, Icaria, FUHEM.

BURGUERA, M. (2006): "La influencia de Joan Scott en la Historia contemporánea de España: historia social, género y "giro lingüístico", en BORDERÍAS, Cristina (ed.), *Joan Scott y las políticas de la historia*, Barcelona, Icaria.

CAPEL, R. (1982): *El trabajo y la educación de la mujer en España*, Madrid, Ministerio de Cultura, pp. 85-86.

CARRASCO, C. et alii (2004): *Trabajo con mirada de mujer*, Madrid, CES.

CELMA VALERO, M. P. (2001): *La incorporación de la mujer al mundo del pensamiento. Pienso, luego escribo*, Valladolid, Ayuntamiento de Valladolid.

DE BURGOS, C. (1911): *Misión social de la mujer*, Bilbao, Imp. José Rojas.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (1993): *Marxismo y Feminismo en Alejandra Kollontay*. Instituto de Investigaciones Feministas, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2000): "Alejandra Kollontai: la mujer nueva", *Arenal, Revista de Historia de las Mujeres*, núm. 1, enero-junio 2000, pp. 233-252.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2003): "El conflicto de clase-sexo-género en la tradición socialista", en *Utopías, nuestra bandera: revista de debate político*, núm. 195, 2003, pp. 77-92.



ESPUNY, M. J. (2006): "Los antecedentes históricos al permiso de lactancia", *Iuslabor* 2/2006.

ESPUNY, M. J. (2007): "Legislació històrica i gènere", en BODELÓN, Encarna; GIMÉNEZ, Pilar (coord.), *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d'intervenció de les polítiques de gènere*, Barcelona, Diputació de Barcelona, pp. 15-33.

GALA DURÁN, C. (2007): "Los aspectos de Seguridad Social de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Iuslabor*, 2/2007.

JOHANSSON, G (1976): *Alexandra Kollontay. 1872-1917*, Gidlunds, Lund.

KOLLONTAY, A. (1975): "La nueva mujer", *Autobiografía de una mujer sexualmente emancipada*, Barcelona, Anagrama.

KOLLONTAY, A. (1975): *La Oposición obrera*, Barcelona, Anagrama.

KOLLONTAY, A. (1976): *La mujer en el desarrollo social*, Barcelona, Labor.

KOLLONTAY, A. (1976): *La mujer nueva y la moral sexual y otros criterios*, Madrid, Ayuso.

KOLLONTAY, A. (1976): *Marxismo y revolución sexual*, Madrid, Miguel Castellote.

LACALZADA MATEO, M. J. (2004): "Las mujeres en la "cuestión social" de la Restauración: liberales y católicas (1875-1921)", en *Historia contemporánea* Núm. 28, Universidad del País Vasco, pp. 691-718.

MANGINI GONZÁLEZ, S. (2001), *Las modernas de Madrid: las grandes intelectuales españolas de la vanguardia*, Barcelona, Ediciones Península.

MARTÍN VALVERDE, A. (1987): "Estudio Preliminar. La formación del Derecho de Trabajo en España", en *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, p. LI.

MONTOYA MELGAR, A. (2006): "El derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres", CASAS BAHAMONDE (et alii), *Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, 2006, pp. 27-46, p. 32.



NIELFA, G. (1995): "La revolución liberal desde la perspectiva de género", en GÓMEZ-FERRER, Guadalupe, *Las relaciones de género*, Madrid, Marcial Pons pp. 103-120.

SCOTT, J. (1986): "Gender a Useful Category of Historical Analysis", en *American Historical Review*, vol. 91, núm. 5, pp. 1053-1075.

SUÁREZ CORTINA, M. (2004): *Revista de Historia Contemporánea*, 29, p. 533, "Presentación" al número dedicado a "La "cuestión social" en la España Liberal.

THÉBAUD, F. (2006): "Género e historia en Francia: los usos de un término y de una categoría de análisis", en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, UCM, num. 28, Dossier: mujeres, hombres, historia, pp. 41-56.



UN RECORRIDO FRAGMENTADO Y NO ACABADO¹

Tamar Pitch
Profesora de Sociología del Derecho
Universidad de Perugia
Italia

El contexto social y cultural

Hace sesenta años, a pesar de que en Italia teníamos una de las constituciones más avanzadas del mundo, las mujeres italianas no podían entrar en la judicatura, estaban sujetas, como mujeres y madres al cabeza de familia, es decir, al marido; estaban sujetas a “corrección” por parte de éste (como los hijos menores, de hecho, sólo se castigaban los “usos abusivos de los medios correctivos”); sólo ellas podían ser imputadas por adulterio, ser asesinadas por sus maridos, padres o hermanos sin que ello tuviera particulares consecuencias para éstos (el delito de atentado contra el honor desapareció del Código Penal en 1981), ser obligadas a contraer un “matrimonio de reparación”, mientras que la violencia sexual contra ellas era definida como un delito contra la moral y, naturalmente, las mujeres se arriesgaban a morir por causa de un aborto clandestino.

Divorcio en 1970; reforma del derecho de familia en 1975; legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en 1978. Éstas son algunas de las etapas significativas del reconocimiento de los derechos individuales a las personas integrantes de la familia; etapas que hay que entender dentro del clima reformador de los años 70 del que también forman parte la institución del servicio sanitario nacional (1978), la consecuente desinstitucionalización psiquiátrica y la reforma del sistema penitenciario de 1975 dirigidas a reconocer los derechos de las personas detenidas, así como también, naturalmente, el estatuto del trabajador de 1970. El antiautoritarismo y el antiinstitucionalismo habían sido las consignas del ‘68 y los mejores frutos de aquella época maduraron justamente en las reformas de los años ‘70, todas ellas leídas en clave de reconocimiento a los derechos de las personas (individualmente consideradas) dentro de instituciones que hasta entonces habían sido jerárquicas y desigualitarias.

Los movimientos políticos de las mujeres estaban entre los grandes protagonistas de esta época, aun cuando no argumentasen en términos jurí-

.....
 1 Traducido por Enrique Góngora Padilla. Revisado por Daniela Heim.

dicos y las mujeres se mostrasen a menudo escépticas respecto al uso del derecho. Los éxitos de la reforma del derecho de familia, especialmente el reconocimiento de la paridad entre cónyuges y entre progenitores, o bien la neutralización del género en las relaciones familiares sin que se tengan en cuenta las desigualdades sociales y económicas entre los sexos, da razón, de alguna manera, al movimiento feminista, allí donde esta paridad se convierte a menudo, en el momento de la separación, en una creciente debilidad femenina. El énfasis que se pone en “el interés del menor” produce, por una parte, una creciente tensión y penetración del derecho en el interior de las relaciones familiares, pero, por otro, esta tensión se revela a menudo como destructiva de las relaciones parentales, especialmente aquellas entre madres e hijos/as, y es incluso antagónica respecto a los derechos de las mujeres-madres, cuyo ejemplo más llamativo se encuentra en la reciente reforma de la custodia de menores en caso de separación, que adopta la custodia compartida como parámetro.

En realidad, la penetración del derecho es particularmente incisiva (o invasiva) en el caso de las llamadas familias de hecho, o las irregulares (madres solteras), mientras que deja una libertad sustancial a las personas separadas (legalmente) para decidir, gracias a que los jueces reconocen su derecho a regular toda cuestión que surja a partir de la separación de los cónyuges.

En las décadas siguientes no se constatan otras grandes innovaciones jurídicas comparables a las anteriormente citadas. Si las leyes de paridad e igualdad de oportunidades se inscriben en el clima precedente, la aprobación de la ley contra la violencia sexual, después de 20 años de campaña del movimiento de mujeres, da lugar, y en parte contribuye a producir, un clima diferente, que da un giro en los años noventa y en los primeros años del siglo actual, hacia un ataque a las libertades femeninas y a los derechos de libertad en general allí donde esté implicada la sexualidad, así como una desconfianza hacia un reconocimiento ulterior de los derechos en materia familiar.

Este ataque y este cambio de orientación, paradójicamente, se sirven del propio lenguaje de los derechos, invocados ahora en defensa de los padres y de los embriones. La hegemonía discursiva del neoliberalismo produce deslegitimación de los derechos sociales y una exaltación de la libertad individual (para quien se la puede permitir), a lo cual se suma una fuerte revaloración de los *Valores*, entendidos éstos en el sentido de una tradición



que busca reforzar una presunta identidad occidental junto con un vínculo social unívocamente predicado sobre la revaloración de las relaciones primarias sancionadas por el derecho y la religión.

Además, se ha producido un clima de desconfianza general hacia la sexualidad, cosa a la que ha contribuido en parte la larga campaña del movimiento de mujeres contra la violencia sexual; a esta desconfianza han contribuido también la propagación del SIDA, las campañas contra el acoso sexual en el trabajo y las alarmas por los abusos sexuales de menores.

Asistimos a una (aparente) paradoja, muy italiana: los medios de comunicación, especialmente la televisión y la publicidad, abundan en el uso del cuerpo desnudo o casi desnudo (prevalentemente) el de las mujeres (un fenómeno desconocido en los otros países occidentales), dando expresión y legitimidad a una verdadera pornografía *soft*, mientras que, al mismo tiempo, se avalan campañas anti-prostitución, o en general, como se ha dicho antes, se va asentando en el discurso público dominante la idea de que la sexualidad es peligrosa. La paradoja es aparente, ya que lo que se teme es el libre ejercicio de la sexualidad, mientras que la exhibición de mujeres desnudas las perpetúa como simple y tradicional objeto del deseo masculino.

Naturalmente, esto no es óbice para que en la sociedad se diversifiquen las formas de relación y convivencia entre personas de sexo diferente y del mismo sexo distintas del matrimonio, que las modalidades de familia y de ser progenitores/as se pluralicen y que, en privado, todo esto sea objeto de una amplia legitimidad.

Paridad no es igualdad.

Con la reforma del derecho de familia, al disponerse la paridad entre cónyuges y progenitores, se cumple finalmente con el dictado constitucional. Por tanto, ya no habrá un cabeza de familia y se reconocen los derechos y deberes recíprocos en pie de igualdad y en lo relativo a los hijos/as. Los bienes gananciales pasan a ser el régimen de propiedad más común como reconocimiento de la contribución de quien, como tradicionalmente ocurre con la mujer/madre, no trabaja para el mercado sino para el marido y los hijos/as. La innovación es grande y también tiene influencia sobre la separación y el divorcio, en los cuales desaparece de hecho el motivo de la "culpa". Sin embargo, la paridad no es sinónimo de igualdad. Ante el evidente progreso en el estatuto de libertad de mujeres y madres y, como



veremos, en la protección de los hijos e hijas menores, la paridad produce una neutralización del género que no tiene en cuenta la persistente desigualdad en la distribución del trabajo y los cuidados domésticos –los maridos y padres italianos, según diversas investigaciones, se cuentan entre los más refractarios del mundo occidental para hacerse cargo de estas tareas– ni las desigualdades económicas derivadas de la discriminación de las mujeres en el mercado laboral, por lo que, si la familia se disgrega, se produce un creciente empobrecimiento de las madres, especialmente cuando tienen hijos pequeños. Esto tiene que ver también con el déficit, hoy en día incluso mayor que hace unos años, de servicios adecuados para la primera infancia y la asistencia de las personas ancianas.

En efecto, en caso de separación, las investigaciones muestran que la paridad formal se transforma en una pobreza creciente para las mujeres con hijos/as pequeños/as ya que no se han producido cambios en la división sexual del trabajo y los cuidados domésticos ni en la mayor debilidad económica que registran las mujeres: la jurisprudencia vigente en materia de separación interpreta la paridad formal como igualdad sustancial, eliminando de hecho las ayudas económicas a las mujeres separadas y sólo dispone una asignación por hijos/as, que es generalmente exigua, y que además, es ferozmente cuestionada por las asociaciones de padres separados.

La paridad equivale, por tanto, a una neutralización de los progenitores, que ha sido bien comprendida por las recientes campañas de las diversas asociaciones de padres separados, y que han pedido y obtenido la custodia compartida en caso de separación, tanto en nombre de la paridad de derechos como de los derechos de los hijos/as a “conservar ambos progenitores”. Esto a su vez se traduce en un control de los padres sobre la vida de las mujeres separadas y en un desembolso mucho menor para el mantenimiento de los hijos/as porque obviamente los hijos pequeños continúan viviendo por lo general con las madres. Es un extraño modo de concebir la igualdad ya que ésta debería hacer que se correspondan mayores deberes y responsabilidades con mayores derechos. Con la custodia compartida, por el contrario, padre y madre se encuentran teniendo los mismos derechos pero no los mismos deberes y responsabilidades, lo que de hecho se traduce, como ya he dicho, en un control del padre separado sobre la vida de la ex mujer y en una ayuda económica (todavía) menor.

Pero, como decía antes, la custodia compartida ha sido argumentada también para garantizar a los hijos e hijas el derecho a “dos” progenitores. Un



derecho, sin embargo, de difícil tutela por vía legislativa o judicial si no existe acuerdo entre los mismos progenitores. La desaparición de los padres separados, especialmente cuando forman una nueva familia, es parecida o superior al uso que a veces las madres hacen respecto al acceso a los hijos para continuar la guerra conyugal. Esta argumentación testimonia el carácter central que ha asumido la figura del/la menor en el derecho y en la jurisprudencia, por no hablar del éxito actual y los diversos modos en los que la retórica de los derechos puede utilizarse.

Los derechos de los niños/as.

Desde el punto de vista jurídico y respecto del pasado, los hijos e hijas menores han adquirido protección y autonomía. Tienen derecho no sólo a ser educados/as y cuidados/as sino también al respeto de su dignidad, y por tanto, de sus inclinaciones y deseos. Los derechos de los niños y niñas, o mejor dicho, su “superior interés”, son el verdadero caballo de Troya de la juridificación de los valores familiares, es decir, de la “intrusión” del derecho en el interior de la familia. Sobretudo en los casos de separación conflictiva y en los casos relativos a las familias “irregulares” o “problemáticas”.

Sin embargo, la equiparación de los hijos e hijas nacidos/as fuera del matrimonio con los nacidos/as dentro no es todavía completa. Aquellos/as, de hecho, no tienen, jurídicamente, otros parientes que los progenitores que les han reconocido (por tanto, ni los padres ni los hermanos de éstos –abuelos y tíos, para entendernos), y no gozan por tanto de un derecho igual de participar de los bienes heredables: aunque ello más bien responde a la jurisprudencia que a la ley, la discriminación hacia los hijos e hijas naturales persistirá en tanto que no se produzca un cambio o aclaración por parte de esta última.

La nueva disciplina de la adopción se basa íntegramente en el derecho del/la menor a una familia, incluye disposiciones para adoptar niños/as en “estado de abandono” e introduce el reconocimiento de las así llamadas familias de hecho, ya que pueden adoptar también las parejas (heterosexuales) que hayan convivido al menos tres años (y también, en casos particulares, los solteros y las solteras: Art. 444 1. 184, 1983).

Pero el énfasis positivo sobre la parentalidad social que se afirma con esta disciplina parece estar desapareciendo en los últimos años cuando la ley de reproducción médicamente asistida y las discusiones relativas insisten

en la parentalidad biológica, argumentada también ésta en virtud de los intereses e incluso de los derechos de quien va a nacer. Me refiero a la prohibición de la llamada fecundación heteróloga y, más en general, al énfasis que se pone en la familia “natural”, llamada de este modo en tanto que es biológica, es decir, cuando los hijos/as descienden de los gametos de la pareja que pide la intervención (para la relación entre disciplina de la adopción y reproducción médicamente asistida, véase Marella, 2000).

Esta retórica de los derechos de los niños/as acaba, pues, implicando a los embriones e incluso a los “concebidos” que se han vuelto nuevos sujetos jurídicos, siempre bajo la ley 40; sujetos que tienen derechos inusitados como el derecho “a nacer”, lo que por otra parte entra en contradicción con el derecho a la salud de la madre. No obstante, al admitir la intervención en parejas heterosexuales “estables” la ley 40 se inscribe en el proceso de reconocimiento a las parejas de hecho (heterosexuales).

Filiación y parentalidad, en cambio, siguen estando prohibidas para lesbianas y homosexuales, ya sea mediante esta ley o la ley de adopción, y siempre en nombre de los derechos de los niños/as. Naturalmente, ello no es obstáculo para que lesbianas y homosexuales tengan hijos/as y puedan también tenerlos mediante la reproducción médicamente asistida, como la realizada en países donde no existe la prohibición del acceso a las solteras o mediante sistemas de *do-it-yourself*, a veces peligrosos para la salud de mujeres y niños/as (por ejemplo, cuando se recurre al esperma disponible en el mercado negro). Solteras y solteros pueden, en cambio, tener niños/as en acogida y, por tanto, esta posibilidad se les reconoce también, en principio, a las personas homosexuales. Como es sabido, a menudo la acogida se transforma en una adopción no reconocida jurídicamente que se prolonga en el tiempo por causa de las dificultades continuas de los padres biológicos. Esto hace aún más estridente la prohibición de adopción para las personas solteras y las personas homosexuales. A propósito de las diversas prohibiciones de la ley 40, Rodotà ha hablado con propiedad de un “turismo de los derechos” y, consecuentemente, de una nueva “ciudadanía censitaria” (Rodotà, 2006).

La mencionada ley 40, además, es testimonio de que todavía se está lejos de una lectura de la inviolabilidad del cuerpo femenino como fundamento de la libertad personal, puesto que tanto el legislador como el Tribunal Constitucional la reconducen en cambio hacia la tutela de la salud psicofísica de la persona, como queda recogido en su artículo 32 (Ronchetti,



2006). Ello implica, de hecho, una desigualdad entre hombres y mujeres y la inexistencia del hábeas corpus para la mujer.

Familia.

Si sobre el plano social y cultural, los modelos de convivencia familiar se han diversificado y pluralizado y, como se ha dicho antes, las parejas de hecho heterosexuales han recibido más de un reconocimiento a nivel jurídico y, sobre todo, jurisprudencial, en el discurso público dominante, por el contrario, se ha asistido al colapso de las nociones de naturalidad y normalidad biológicas, aparentemente legitimadas por el artículo 29 de la constitución italiana. Al respecto se puede opinar que este artículo es un oxímoron, puesto que habla de la familia como de una sociedad “natural” y hace referencia a que ésta se funda en el matrimonio, que obviamente no es natural (en el sentido de que no existe en la naturaleza). Pero mucha de la doctrina y la jurisprudencia están ahora, por el contrario, desde hace tiempo orientadas a la valorización del artículo 2, donde se habla de “formaciones sociales en las que se desarrolla la propia personalidad” para proponer plenos derechos para quienes, aunque conviviendo, no estén unidos en matrimonio.

El colapso de las nociones antes citadas lleva a definir como “normal” lo que es “natural” y “natural” lo que es “biológico”. No es éste el lugar para discutir sobre cada uno de estos conceptos, pero es del todo evidente que no son equivalentes y que de cada uno se puede hacer una historia y una genealogía, de lo cual se podrá fácilmente deducir que cada uno de éstos ha tenido diferentes significados en contextos diferentes, por no hablar de cómo han sido definidos y utilizados de las más diversas maneras por las diversas disciplinas científicas.

La propia definición de “familia” no es unívoca y dependiendo de cuál se emplee, puede denotar diversas y plurales modalidades de convivencia (“bajo el mismo techo” o no) en el tiempo y en el espacio. Es verdad que, históricamente y en otras sociedades, la familia ha tenido la función de tener y criar hijos de manera preferente o exclusiva, y además, que éstos sean biológicos de la pareja en convivencia. La misma etimología (de *famulus*, siervo) lo demuestra. Pero aunque fuese en algún sentido “verdad” que la familia natural es la biológica, es decir, la formada por padre, madre e hijos/as suyos genéticamente, la historia de la humanidad nos muestra cómo los seres humanos han intervenido siempre sobre la “naturaleza” y siempre han definido como “normal” lo que en un cierto contexto y momento a ellos, o a algunos de entre ellos, les parecía o convenía que algo fuese de-

finido o percibido como tal. Por ejemplo, la presunción de paternidad del marido de la madre: si hoy es posible establecer la paternidad biológica a través del examen del ADN, hasta hoy el padre es considerado el marido de la madre o aquel que la madre indicaba como padre (muchas investigaciones muestran que por lo menos el 7% de los hijos legítimos no son hijos biológicos del marido de la madre).

El derecho es una de las formas principales de intervención sobre la “naturaleza” y la “sociedad” inventada por los hombres, y en occidente, con el surgimiento del estado moderno, el derecho se presenta como positivo, es decir, impuesto por una autoridad (*Auctoritas, non veritas facit legem*, nos dice Hobbes), y esta máxima es uno de los fundamentos del estado liberal moderno; incluso hoy, el estado de derecho lo ha impuesto como garantía de los derechos de las personas, y estos derechos tampoco son “naturales” sino que están contemplados en las constituciones.

Esto significa que si se quieren garantizar a los/as convivientes los mismos derechos (en base al principio de igualdad) que a las personas casadas, no será la naturaleza ni la tutela de los derechos de los/as menores lo que se erigirá en obstáculo. Como hemos dicho, los derechos de los/as menores de una pareja heterosexual en convivencia están ya tutelados/as, excepción hecha, lo cual no es poco, del pleno reconocimiento que aún les falta alcanzar para participar de la totalidad de los bienes hereditarios. Por tanto, lo que es relevante en este caso es la necesidad de reconocer a los/as convivientes los mismos derechos que tienen quienes han contraído matrimonio. Por otra parte, no está claro bajo qué pretextos se niegan estos derechos a las parejas homosexuales en régimen de convivencia. La orientación sexual en base a nuestro mismo principio de igualdad (artículo 3 de la constitución), no puede ser motivo de discriminación.

Una última anotación sobre la actual preponderancia de una ideología biologicista: hoy es posible recurrir a la posibilidad de cambio anagráfico de sexo sólo cuando éste haya sido realizado por vía quirúrgica, lo cual impone grandes sacrificios tanto de orden físico como psicológico, por no mencionar los sacrificios económicos.

Derechos.

Los derechos fundamentales pertenecen a todas y a todos. Son indivisibles, inalienables e inderogables. El reconocimiento y la tutela de los de-



rechos individuales, civiles y sociales tal y como están contemplados en nuestra constitución, en la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948, en el Tratado de Niza y en muchos otros tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados también por Italia, son un signo distintivo de nuestra cultura y, en general, de civilización. Están dispuestos para la protección de las personas frente a la arbitrariedad y el poder tanto del estado como de otras personas particulares; una protección que no se limita a prohibir la intervención en la esfera privada individual sino que impone la remoción de obstáculos al libre desarrollo de la personalidad.

Rodotà ha advertido sobre el auge del retorno de los reclamos a la “comunidad” que necesariamente ponen entre paréntesis los derechos individuales e incluso tienden a poner al individuo al servicio de la comunidad misma en nombre de la prioridad que se reclama para los vínculos sociales comunitarios. Este discurso no es nuevo. Como ya se ha dicho, el propio discurso neoliberal se apoya en la revalorización de las llamadas comunidades “naturales”, en la primacía de las relaciones personales y en la denominada familia tradicional.

Por otra parte, suponiendo que sea posible reproducir los vínculos sociales de tipo comunitario (la mayor parte de los expertos lo consideran totalmente ilusorio), estos se erigen precisamente en todo lo contrario de lo que será necesario para reconstruir una sociedad sólida y cohesionada. Lo cual, de hecho, es funcional a la reproducción de comunidades cerradas, jerárquicas y desconfiadas frente al “exterior”; son lo que Zygmunt Baum denomina “comunidad de cómplices”. Pero fundamentalmente las llamadas familias tradicionales y todas las comunidades que no son de elección propia sino de pertenencia, se construyen y mantienen en base al control de las mujeres, de sus cuerpos y de sus libertades; en primer lugar, de la libertad sexual. Si lo que cuenta no son los derechos de las personas sino los de la comunidad, quienes que son social, económica y culturalmente más vulnerables en la misma están de hecho siendo objeto de sujeción y opresión. Podemos comprobarlo fácilmente en lo que sucede en países donde ciertas políticas llamadas multiculturales han premiado y consolidado a la comunidad emigrante: los derechos de las mujeres y los niños/as son ignorados y conculcados. Podemos comprobarlo también allí donde se descubren, o mas bien, se reinventan etnias o pertenencias nacionales: todas estas se basan sobre el control del cuerpo de las mujeres, el que tradicionalmente es percibido como el lugar en el que se reproduce la nación misma.



Tampoco ocurre de modo diferente en nuestro país. La presunta solidez de la familia tradicional (presunta porque escondía y aún esconde abusos, infelicidad, sufrimiento: véase el reciente informe ISTAT sobre la violencia en el cual más de un millón de mujeres denuncia que son objeto de violencia, la mayor parte dentro de la familia) se apoyaba sobre el dominio del cabeza de familia, la prohibición del divorcio y en la consideración de que el derecho y los derechos se terminaban al traspasar el umbral del hogar. En cambio, una sociedad sólida puede ser reconstruida solamente si parte de (y se valoran los) derechos individuales, tanto civiles como sociales. En particular, los derechos sociales exigen y producen solidaridad vertical y horizontal, los derechos de libertad son imprescindibles para el desarrollo (Sen, 2000).

La libertad de las mujeres es un potente factor tanto de desarrollo como de generación de confianza generalizada, la cual da lugar, precisamente, a una extensión de la cohesión social en comparación con la confianza particularizada que es propia de la comunidad.

Igualdad.

El principio de igualdad contenido en el artículo 3 de la constitución es un principio complejo. Según la interpretación de Luigi Ferrajoli, éste dispone en su primer inciso el respeto de las diferencias entendidas como identidades individuales, mientras que en el segundo párrafo impone a la república la remoción de todo obstáculo al pleno desarrollo de cada persona. Por tanto, según esta interpretación, no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales se encuentran estrechamente vinculados y son necesarios recíprocamente, sino que además la igualdad no está contrapuesta a la diferencia.

No obstante, las políticas para poner en práctica este principio han incumplido su objetivo hasta ahora, y las consecuencias inesperadas y en ocasiones perversas de la paridad entre progenitores y cónyuges lo demuestran. Éstas, en resumen, han declinado la igualdad como si se tratase de la asimilación a un parámetro (el del varón adulto y sano) o también como la tutela de situaciones consideradas particulares, diferentes respecto al parámetro. De lo cual se desprende la crítica de buena parte del feminismo, y no sólo de éste, a la igualdad misma. Además, y sobretodo en los años 70, las transformaciones en el sentido de una implementación igualitaria de los derechos sociales han permitido evidentes progresos tanto en la situación de las mujeres como en la de otros sujetos discriminados y estigmatizados.



Sin embargo, hoy asistimos a un ataque desde muchos frentes; en primer lugar en el ámbito de las libertades femeninas conquistadas (la ley 40 y el debate del que estuvo acompañada son ejemplo de ello) y, en segundo lugar, de modo más general, a la propia idea de igualdad como igualdad de derechos civiles y sociales. Como consecuencia de este ataque, se produce precisamente una ciudadanía censitaria, es decir, la búsqueda de la tutela de los propios derechos en otro ámbito, pero solamente para quienes se lo puedan permitir tanto económica como culturalmente. Muchos países europeos que son vecinos nuestros, de hecho, admiten lo que en el nuestro está prohibido: la reproducción médicamente asistida para las solteras y la fecundación heteróloga, los PAC, los matrimonios entre personas del mismo sexo, la adopción por parte de personas solteras (lo cual está explícitamente previsto en el artículo 6 de la Convención de Estrasburgo).

Además de producir una ciudadanía censitaria, esta situación provoca una deslegitimación del derecho y de los derechos, tal como ocurría antes de 1978, cuando las mujeres se desplazaban a Inglaterra para abortar legalmente si disponían de los medios para hacerlo. Pero hoy en día la situación es más grave, sea porque la percepción de que se tienen derechos es más difusa, sea porque optar por la procreación médicamente asistida es mucho más costoso psicológica y económicamente que el aborto.

La igualdad y la libertad no se contraponen, como se dice en gran parte del discurso neoliberal, sino que son complementarias. Su reconocimiento es una conquista reciente cuya realización no es lineal ni fácil y, como ya se ha dicho, presenta contrastes particulares en la actualidad. Pero no es posible renunciar a una interpretación siempre más extensiva e incluyente, a no ser que se renuncie al estado de derecho (estado en el que precisamente, recordémoslo, el principio de la mayoría está vinculado a los derechos fundamentales y por tanto de las minorías, y donde la moral y el derecho están separados rigurosamente), y al modelo social europeo, que se funda precisamente sobre la estrecha conjugación de los dos principios.

¿Europa?

Todo lo dicho hasta aquí nos aclara que hay un fuerte desequilibrio entre la reciente normativa italiana en materia de derechos (por no hablar de la ausencia de normas en esta misma materia), la de los mayores países europeos y las propias recomendaciones y directivas, así como el Tratado de Niza de la Unión Europea. Nos encontramos, en cambio, al menos por lo



que respecta a la actitud política hacia las orientaciones sexuales distintas de la heterosexualidad y hacia el tema de las libertades femeninas, en compañía de los países de más reciente incorporación a la misma Unión, como Polonia. Y yo sostengo que éstos no son una buena compañía.



BIBLIOGRAFIA

MARELLA, M.R. (2000): *Adozione*, Digesto IV/civ. Aggiornamento.

RODOTÀ, S. (2006): *La vita e le regole*, Milán, Feltrinelli.

RONCHETTI, L. (2006): *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, <http://www.costutuzionalismo.it>

SEN, A. (2000): *Libertà è sviluppo*, Milán, Mondadori.





LA DEMOCRACIA COMO DEMOCRACIA PARITARIA^{1*}

*Blanca Rodríguez Ruiz
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla.*

*Ruth Rubio Marín
Profesora de Derecho Público Comparado
Instituto Universitario Europeo, Florencia.*

Introducción

La legitimidad de imponer por ley cuotas electorales por razón de sexo y la de establecer un sistema legal de paridad entre los sexos en las listas electorales son dos cuestiones que tienden a confluir, a ser tratadas como aspectos de una única cuestión, a saber, la legitimidad de imponer por ley un presencia mínima de mujeres en órganos de representación política.² Ambas medidas legislativas suscitan dudas similares sobre su constitucionalidad. ¿Es la paridad, o son las cuotas, incompatibles con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, o son por el contrario exigencias de dicho derecho? ¿Es la paridad, o son las cuotas, compatibles con el derecho de sufragio pasivo de los hombres? ¿Y con el derecho de sufragio activo de toda la población? ¿Son una y otras compatibles con el principio de autonomía de los partidos políticos? ¿Encajan cuotas y/o paridad en el modelo de representación general y unitaria asumido por los Estados modernos? Para abordar estas y posiblemente otras cuestiones podemos adoptar dos perspectivas. Una consiste en abordarlas como conflictos entre derechos fundamentales; la otra, en entender que estamos ante cuestiones atinentes al modelo de democracia representativa asumido por el Estado.

Lo más frecuente es que los debates en torno a las cuestiones anteriores se articulen como debates sobre derechos fundamentales. En su centro neurálgico se sitúa el derecho a la igualdad y el principio de igualdad que lo

.....
¹ Versión abreviada y revisada de nuestro artículo "Constitutional Justification of Parity Democracy", en prensa para publicación en *Alabama Law Review*.

² Nos referimos aquí a la distinción entre medidas que garantizan un mínimo de presencia de mujeres en listas electorales a órganos representativos (por ejemplo un 25 o un 30%), y medidas que imponen la presencia equilibrada de hombres y mujeres en dichas listas, entendida como una presencia igual o cercana al 50%, aproximadamente proporcional a la presencia de ambos sexos en la población.

sustenta. La cuestión es, en concreto, si en el ámbito de la representación política la igualdad, como derecho y como principio, debe ser concebida en términos formales, en cuyo caso no ha lugar ni a cuotas electorales ni a paridad; o si por el contrario la igualdad puede y debe ser concebida como igualdad material también en el mundo de la representación política, y con qué implicaciones. En conexión con la igualdad surgen también cuestiones relativas al derecho de sufragio, tanto activo como pasivo. A ellas suelen unirse argumentos en torno a la libertad de asociación y la autonomía de los partidos políticos. El peso específico de estos últimos argumentos dependerá, con todo, de que se conciba a los partidos políticos como asociaciones privadas necesitadas de protección frente a injerencias de los poderes públicos, o bien como asociaciones al servicio del sistema democrático representativo. En este último caso, el debate conecta ya con el que gira en torno al modelo de representación democrática asumido por el Estado. Lo cierto es que en el debate sobre paridad y/o cuotas electorales, los argumentos basados en derechos se desarrollan, de forma más o menos explícita, en conexión con, y como expresión de, un modelo concreto de representación democrática.

El propósito de este artículo es analizar distintas perspectivas desde las que cabe analizar la regulación legislativa de la paridad y de las cuotas electorales por razón de sexo, y las conclusiones a las que cada una de ellas permite llegar en relación con su constitucionalidad. Dichas perspectivas quedan sintetizadas en la siguiente Tabla:

DERECHOS: IGUALDAD/ SUFRAGIO

MODELOS DE REPRESENTACION DEMOCRATICA

	I	II	III	IV	V	VI
	Igualdad Formal	Igualdad Material	Representación general y unitaria	Democracia representativa	Representación espejo	Democracia paritaria
CUOTAS	NO	SI, pero ¿por qué sólo por razón de sexo?	NO	SI, pero ¿por qué sólo por razón de sexo?	NO	NO
PARIDAD	NO	No, porque no es estrictam. necesaria	NO	No, porque no es estrictam. necesaria	SI, pero ¿por qué sólo por razón de sexo?	SI

Más allá del análisis, este artículo aspira a defender la constitucionalidad de la regulación legislativa de la paridad electoral, argumentando que la pari-



dad responde a una lógica constitucional que le es propia y que la diferencia de las cuotas electorales. Una lógica que no es la de la igualdad, ni la de otros derechos fundamentales, sino la lógica de lo que hemos denominado “Modelo de Democracia Paritaria” (columna 6), y que, argumentamos, es inherente al modelo de Estado democrático representativo asumido por las constituciones de nuestro entorno cultural. Fundamento de ese modelo es la idea de que la paridad electoral se incluye dentro de la lógica del Estado democrático representativo, hasta el punto de que sin la primera el tránsito al segundo no puede considerarse completo. Antes de exponer las bases de nuestro modelo y de estudiar sus implicaciones, nos gustaría analizar otras perspectivas de análisis de la paridad y de las cuotas electorales.

El modelo de los derechos.

Como aparece reflejado en la primera columna de nuestra Tabla, la igualdad entendida en términos formales es incompatible tanto con la paridad como con todo tipo de cuotas electorales. Es frecuente encontrar argumentos que sostienen que la representación política es el terreno de la igualdad formal, que la concepción material de la igualdad, imperante en otros contextos, no tiene cabida en el mundo de la representación política. Y es frecuente que esta defensa de la igualdad formal en el terreno político vaya de la mano de la defensa del modelo liberal clásico de representación general unitaria. En este modelo de representación el derecho de sufragio descansa en una concepción formal de la igualdad, según la cual cada voto es necesariamente libre e igual, cada ciudadano/a tiene derecho a emitir su voto libremente entre quienes libremente se presentan como candidatos/as a unas elecciones. Los/as representantes electos/as lo son aquí de todos los/as ciudadanos/as, sin que quepa distinguir entre quiénes votaron a quién, o incluso entre quiénes votaron y quiénes no lo hicieron. Este modelo general y unitario de representación, que recogemos en la columna 3 de nuestra Tabla, es tan incompatible con las cuotas electorales y con la paridad electoral como la noción formal de la igualdad que lo sustenta.

Expresión emblemática de la vinculación de la igualdad formal al terreno de la representación política, como parte de un modelo de representación política general y unitaria, es la decisión del Consejo Constitucional francés de 1982 sobre la imposición por ley de cuotas electorales por razón de sexo.³

.....
3 Decisión núm. 82-146DC, 18 de Nov. de 1982, J.O. p. 3475. Para una discusión en profundidad del debate en torno a las cuotas/paridad en Francia, consúltense Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín (2007).

Para entonces, las cuotas electorales por razón de sexo llevaban siendo objeto de discusión en Francia durante una década, y el Partido Socialista francés la había ya introducido voluntariamente en los años 70. En este clima, el Parlamento francés aprueba en 1982 una Ley que obliga a las listas electorales que se presenten a las elecciones municipales a incluir un mínimo de 25% de hombres y de mujeres.⁴ Esta Ley fue recurrida ante el Consejo Constitucional francés quien, fiel a la noción universalista de ciudadanía prevalente en Francia, las declaró inconstitucionales. Lo hizo apoyándose en el principio de igualdad ante la ley, en la indivisibilidad del cuerpo electoral y en la noción de soberanía nacional, principios recogidos en la Constitución francesa y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789;⁵ y principios todos ellos que conciben la ciudadanía como un todo unitario, y que impiden que personas concretas puedan erigirse en su único representante, en depositarias de la soberanía de la nación o de parte de ella. Antes bien, estos principios confieren a cada ciudadano/a un derecho igual a votar y a ser votado/a, sin matices ni excepciones –más allá de las que se deriven de la edad u otras circunstancias incapacitantes.⁶

Así las cosas, la Constitución Francesa hubo de ser reformada en 1999 para permitir la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a lograr una presencia equilibrada de hombres y mujeres en órganos de representación política,⁷ introduciendo así la lógica de la igualdad material en el terreno po-

.....
4 Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relatif à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales, Ley núm. 82-974 de 19 de Nov., 1982, Journal Officiel de la République Française [J.O.], 20 de Nov. de 1982.

5 Artículo 3 de la Constitución francesa: «1. La soberanía nacional reside en el pueblo quien la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum. 2. Ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrán arrogarse su ejercicio. 3. El sufragio podrá ser directo o indirecto en las condiciones previstas por la Constitución y será siempre universal, igual y secreto. 4. Son electores, de acuerdo con lo que disponga la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad de ambos sexos que estén en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos».

Artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

6 En 1999 el Consejo Constitucional también declaró la inconstitucionalidad de la ley que regulaba las elecciones a la Asamblea Corsa introduciendo la estricta paridad en las listas electorales.

7 La Ley Constitucional No.99-569, de 8 de julio, introdujo un cuarto párrafo en el Artículo 3 de la Constitución francesa, según el cual “la ley favorecerá la igualdad entre hombres y mujeres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”. También modificó el Artículo 4 de la Constitución, en virtud del cual, y en su actual redacción, los partidos políticos “contribuirán



lítico. Tras esta reforma constitucional, la Ley para la Igualdad de Acceso de Mujeres y Hombres a Funciones y Cargos Electos, aprobada el 6 de junio de 2000, impuso la paridad entre los sexos en las listas electorales a órganos de representación política.⁸ Cuando esta ley fue recurrida ante el Consejo Constitucional, éste declaró su conformidad con el texto constitucional resultante de la reforma recién apuntada. Al introducir una interpretación material del principio de igualdad en materia electoral, sostuvo el Consejo, esta reforma matiza el principio de invisibilidad del electorado, permitiendo la adopción de medidas de acción positiva que permitan equilibrar el número de hombres y mujeres en órganos representativos electos.⁹

Efectivamente, como se recoge en la segunda columna de nuestra Tabla, si concebimos la igualdad como igualdad material, el principio de igualdad sí respalda la adopción de medidas que permitan incrementar el número de mujeres en órganos representativos para equipararlo al de los hombres. Y efectivamente, quienes defienden las cuotas electorales suelen apoyarse en esta concepción material de la igualdad, en la obligación que impone a los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva de todas las personas, removiendo aquellos obstáculos que impidan o dificulten que todos/as podamos disfrutar por igual de nuestros derechos y libertades. De esta forma, la consecución de la igualdad real se erige en objetivo de los poderes públicos, un objetivo que les impone la obligación de articular un sistema de igualdad de oportunidades, incluso de garantizar, al menos hasta cierto punto, un sistema de igualdad de resultados.¹⁰ En el terreno

a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 de acuerdo con lo dispuesto en la ley”.

8 Esta ley exigía, bajo pena de invalidez, que las listas electorales en las elecciones por listas incluyesen un 50% de candidatos de cada sexo (más/menos 1). Esto incluía las elecciones municipales (en municipios de menos de 3.500 habitantes), elecciones regionales, a la Asamblea Corsa, al Senado (en casos en que se aplicase el sistema proporcional), y al Parlamento Europeo. Para las elecciones legislativas, basadas en el sistema uninominal, la ley preveía una penalización en la financiación pública para los partidos que no incluyesen el fijado 50% de candidatos (con un margen del 2%), proporcional al grado de incumplimiento. Este sistema ha sido recientemente mejorado mediante la reforma operada por la Ley núm. 2007-128, de 31 de enero de 2007, J.O., pág. 1941, “*tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*”

9 Decision núm. 2000-429DC, de 30 de mayo de 2000, J.O. pág. 8564.

10 Sin entrar en profundidad en este tema, puede suscribirse que, “si queremos tomarnos en serio el discurso de la igualdad sustancial, no es posible excluir de modo absoluto que algunas variantes de la igualdad puedan basarse en medidas de algún modo orientadas al resultado” (Antonio D’Aloia, 2002 –nuestra traducción). En esta línea, el artículo 23.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé la posibilidad de que se adopten “*medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado*” –siempre que la medida esté razonablemente justificada.

político, la igualdad material obliga a los poderes públicos a garantizar que todos, en nuestro caso hombres y mujeres, tengamos las mismas oportunidades de acceder a cargos de representación política, más allá del reconocimiento formalmente igual para todos y todas del derecho de sufragio.

La lógica de la igualdad material jugó un papel determinante en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. En ella el Tribunal analizó la constitucionalidad de la imposición de la presencia equilibrada o paridad de hombres y mujeres en las listas electorales por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en virtud de la cual las listas electorales no puedan contener más de un 60% ni menos de un 40% de candidatos/as del mismo sexo. El Tribunal declaró la constitucionalidad de la medida apoyándose en el artículo 9.2 de la Constitución, en su mandato a los poderes públicos de promover la igualdad efectiva de todos los ciudadanos también en el terreno de su participación en la vida política.

La existencia de una provisión constitucional que expresamente conciba el derecho a la igualdad en términos materiales también en el terreno político parece así determinante a la hora de avalar la constitucionalidad de las cuotas electorales, o de la paridad. El caso italiano es otro ejemplo. Al igual que el Consejo Constitucional francés en 1982, en 1995 la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad de las cuotas electorales por razón de sexo sobre la base de su incompatibilidad con el principio de igualdad, en el bien entendido de que en el contexto político éste tiene una dimensión meramente formal, en consonancia con el principio de representación general y unitaria.¹¹ Para ello la Corte se apoyó en el artículo 51 de la Constitución, equivalente a nuestro artículo 23, y según el cual «Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la ley».

En esa decisión la Corte analizaba la constitucionalidad de dos leyes. La Ley núm. 81/1993, que regulaba las elecciones locales y provinciales, establecía que en las elecciones municipales ningún sexo podía estar presente en las listas electorales en un porcentaje inferior al 25% en municipios con hasta 15.000 habitantes, y al 33% en aquéllos que superasen los 15.000 habitantes. Por su parte, la Ley núm. 277 también de 1993, que regulaba las elecciones a la Cámara de los Diputados, establecía que para la elección de los escaños sujetos al sistema proporcional (el 25%) los partidos políticos

.....
11 Para un relato completo y conciso del caso italiano, consúltese Giuditta Brunelli (2006).



debían presentar listas electorales en que se alternasen candidatos y candidatas. Aunque el artículo 3.2 de la Constitución italiana,¹² equivalente a nuestro artículo 9.2, incorpora una concepción material de la igualdad, e impone a los poderes públicos la obligación de remover obstáculos que puedan impedirlos, dicho artículo no se consideró base suficiente para imponer por ley cuotas electorales o la paridad. Y es que el artículo 3.2 se refiere sólo a obstáculos *económicos y sociales*, no a obstáculos sin más, como sí hace el artículo 9.2 de la Constitución española, que permite así remover obstáculos legislativos. Es más, a diferencia de éste, el artículo 3.2 de la Constitución italiana sólo impone la obligación de los poderes públicos de *remover* obstáculos, no de *promover* las condiciones para la igualdad efectiva de los individuos –y de los grupos en que se integran.

Al igual que en Francia, también en Italia la imposición por ley de un mínimo de presencia de mujeres en listas electorales precisó de una reforma del texto constitucional para que éste las permitiese expresamente como medidas de acción positiva en el terreno político.¹³ Y como en Francia la reforma de la Constitución operó un cambio de actitud en la Corte Constitucional italiana. Cambio éste que, hay que señalar, tuvo lugar incluso antes de que la reforma entrase en vigor. Así, en su decisión núm. 49/2003, la Corte Constitucional italiana rechazó por infundado el recurso del gobierno de la nación contra la ley de la región de Valle d'Aosta núm. 21 de 2003, según la cual las listas para las elecciones al Consejo Regional, para ser válidas, deben incluir candidatos de ambos sexos.

Así, y en definitiva, la constitucionalidad de la imposición por ley de cuotas electorales, o un sistema de listas paritarias, se ha justificado con base en una

.....
 12 "1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, o condición personal o social. 2. Constituye la obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

13 La Ley Constitucional núm. 2 de 2001 estableció que, con el fin de lograr el equilibrio en la representación de ambos sexos, las leyes electorales de las regiones con estatuto especial promoverán «condiciones de paridad de acceso a las consultas electorales». Por su parte, la Ley Constitucional núm. 3 de 2001 añadió el siguiente párrafo séptimo al artículo 117 de la Constitución: «Las leyes regionales suprimirán todo obstáculo que impida la plena igualdad de hombres y de mujeres en la vida social, cultural y económica y promoverán la paridad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos electivos». La Ley Constitucional núm. 1 de 2003 completó la tarea añadiendo una segunda frase al primer párrafo del artículo 51, según la cual "A tal fin la República promoverá a través de medidas especiales la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres".

concepción material del principio de igualdad y del derecho a la igualdad también en el terreno político. Se justifican pues como medidas de acción positiva, orientadas a corregir la desigualdad de oportunidades que padecen las mujeres para acceder a cargos de representación política, mientras esa desigualdad perdure. Desde la perspectiva de la igualdad material, la justificación de las cuotas o de la paridad electorales plantea algunos interrogantes. Para empezar, la igualdad material no logra explicar por qué han de ser sólo las mujeres quienes se beneficien de las tales medidas de acción positiva, y no también otros grupos políticamente infra-representados; no se explica, esto es, que dichas medidas puedan ser compatibles con el principio de igualdad, a pesar de que potencian la representación política sólo de las mujeres, y no de otros grupos sociales. En segundo lugar, desde la igualdad material se pueden justificar las cuotas electorales, pero no es tan fácil justificar la paridad, es decir, aquellas medidas que imponen una presencia igual o equilibrada de ambos sexos en las listas electorales. En concreto, no es fácil justificar que, como medida de acción positiva, la paridad electoral sea proporcional al fin perseguido, y ello por dos razones. La primera es que la paridad es bidireccional, es decir, beneficia nominalmente a hombres tanto como a mujeres, algo difícil de justificar desde la lógica de las acciones positivas. Y la segunda es que desde la lógica de las acciones positivas es difícil argumentar, aunque quizás no imposible, que un sistema de cuotas no baste para solventar los obstáculos sistémicos que impiden el acceso de las mujeres a cargos representativos, que la paridad es proporcional en el sentido de que es estrictamente necesaria para alcanzar este fin. Todo ello salvo que concibamos la igualdad material como igualdad, no sólo de oportunidades, sino también de resultados, y la presencia equilibrada de mujeres en las listas electorales como el fin último a alcanzar –punto éste que el modelo de igualdad material no puede por sí sólo justificar.

Modelos de Representación Democrática.

Tenemos así que el principio de igualdad, entendido en términos materiales, puede justificar las cuotas electorales como medidas de acción positiva, si bien la paridad electoral es difícil, aunque no imposible, de justificar desde la lógica de la igualdad material. Más difícil de justificar desde la lógica de la igualdad material y de las acciones positivas es que la imposición legislativa de una mínima presencia en listas electorales sólo de mujeres, y no de otros colectivos infra-representados. El objeto de este apartado es explorar las posibilidades justificativas de la paridad y de las cuotas por razón de sexo que presentan distintos modelos de



representación política. Porque lo cierto es que para comprender qué ha motivado a los legisladores de distintos países¹⁴ a imponer por ley una presencia mínima de mujeres en listas electorales es preciso trascender la lógica de los derechos y adentrarnos en la de la representación democrática.

A continuación pasaremos a explorar las posibilidades explicativas que ofrecen distintos modelos de representación democrática. No nos detendremos en el modelo liberal clásico de representación unitaria recogido en la columna 3 de nuestra Tabla –y que como vimos se corresponde con la aplicación en el terreno político del principio de igualdad formal. Pasaremos más bien a analizar las posibilidades explicativas de modelos alternativos a éste último, modelos surgidos de la necesidad de superar las carencias del modelo de representación liberal clásico, y la crisis de las instituciones y del sistema político representativo derivada de dichas carencias. En concreto, analizaremos la compatibilidad de las cuotas electorales por razón de sexo y de la paridad, en primer lugar, con el modelo de democracia deliberativa, y después con el modelo de representación espejo. Para terminar, propondremos un modelo de democracia representativa como democracia paritaria, un modelo en el que la paridad responde a su propia lógica que la sitúa en el centro neurálgico del sistema democrático representativo, y que es una lógica distinta de, aunque compatible con, la que justifica las cuotas electorales. Se trata de un modelo en el que la paridad ocupa un lugar estructural, en el que la lógica democrática es, en definitiva y por definición, una lógica paritaria.

a) El modelo de la democracia deliberativa

En sus distintas versiones y expresiones, las teorías deliberativas coinciden en enfatizar que la democracia va más allá del sufragio, que la importancia de la participación democrática trasciende el momento de la votación. No suponen estas teorías una ruptura con el modelo de representación unitaria; son antes bien teorías correctivas del mismo que destacan que la democracia, incluyendo las instituciones de democracia representativa, se nutren de deliberaciones y no sólo de votaciones, y que una deliberación

.....
 14 Así, además de Francia, Italia y España, tenemos en Europa el caso de Bélgica. En América Latina, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y la República Dominicana han impuesto por ley una presencia de mujeres en cámaras representativas, normalmente del 25 o 30% (20% en Paraguay), y que en Costa Rica llega al 40% y en Ecuador, desde 2006, al 50%.

democrática saludable requiere la inclusión de tantas voces y de tantas perspectivas como sea posible.¹⁵

Desde esta lógica deliberativa, asegurar la representatividad de las instituciones representativas requiere que los distintos colectivos sociales, con sus distintas visiones y opiniones, cuenten con una presencia mínima en ellas. Sólo así podemos asegurarnos de que en dichos órganos se discuten cuestiones que les afectan, y que les afectan de forma desigual, y que esa discusión incluye sus distintas perspectivas (Young, 2002). Ello es así tanto por nuestras limitaciones epistemológicas como por las que rigen la empatía y el altruismo humanos. Todo lo cual justifica las cuotas electorales, y lo hace sin poner en cuestión el carácter universal y unitario de la representación política. De este modo, el modelo deliberativo conecta con las voces que defienden las cuotas electorales por razón de sexo, que por lo general no argumentan que las mujeres sólo pueden ser representadas por mujeres, o que las mujeres representantes lo son sólo del electorado femenino. Tampoco presume este modelo que todas las mujeres, o todas las personas que integran cualquier colectivo, comparten una serie de intereses comunes.¹⁶ Antes bien, la lógica de la democracia deliberativa sigue siendo la lógica de la representación unitaria, una lógica en la que todos/as los/as representantes lo son de todos/as los/as ciudadanos/as. El objetivo de la democracia deliberativa no es negar esta lógica unitaria, sino corregirla, mejorando desde dentro de ella las condiciones deliberativas, procurando trazar una conexión real entre representantes y representados, rescatando a colectivos minoritarios de la invisibilidad y garantizándoles a ellos y a sus puntos de vista, probablemente heterogéneos, un lugar en el espacio deliberativo. El objetivo es, en otras palabras, enriquecer y ampliar la legitimidad democrática del sistema de representación política sin cuestionar el modelo de representación universal y unitaria en que se apoya.

.....
15 La idea que subyace a este modelo es que la generalidad, universalidad e imparcialidad de las leyes depende, no de la neutralidad del legislador, sino de la amplitud con que en los debates legislativos se incluyan las distintas parcialidades en juego. Mientras mayor sea el número y variedad de parcialidades que se enfrenten en dichos debates, mayor será la garantía de imparcialidad de su resultado. Sobre esta idea, consúltese Habermas (1994, pág. 212) y Günther (1995, pág. 49).

16 A la hora de abordar el concepto de los “intereses de las mujeres”, nos parece interesante la distinción que Cockburn y Jonasdottir proponen entre la dimensión formal (cifrada en términos de agencia) y la dimensión sustantiva (referente al contenido del interés). Sobre esta base, para que un interés pueda predicarse de las mujeres en su conjunto no es necesario que todas las mujeres defiendan la misma postura ante determinada situación (piénsese en el aborto); es preciso antes bien que una decisión sobre esa situación tenga un impacto diferencial sobre las mujeres, que pueda argumentarse razonablemente que las mujeres tienen un interés especial en que dicha decisión no se tome sin contra con su voz. Véase Cynthia Cockburn (1996); Anna G. Jonasdottir (1988).



Como se indica en la columna 4 de nuestra Tabla, este modelo justifica la adopción de cuotas electorales por razón de sexo, pero también de cuotas electorales a favor de cualquier colectivo políticamente marginalizado, todo ello con el fin de enriquecer el debate político y garantizar la inclusión en él de tantas perspectivas y de tantos intereses sociales como sea posible. Lo que no justifica es que se adopten cuotas electorales para mujeres pero no para otros grupos infra-representados y desplazados de las deliberaciones públicas. También le resulta difícil justificar la paridad electoral. Lo crucial en la lógica deliberativa es garantizar que en las instituciones representativas existe una masa crítica de voces, asuntos y perspectivas sociales que legitime su funcionamiento en términos democráticos, garantizando que la sociedad se encuentra bien representada. Naciones Unidas ha cifrado esa masa crítica en el 30%.¹⁷ Exigir la paridad implica ir más allá de esa masa crítica, y con ella de la lógica deliberativa. Hacerlo parece sugerir, en efecto, la imposibilidad de que un sexo represente al otro, rompiendo así con las premisas de la representación unitaria. El modelo de democracia deliberativa, en definitiva, no justifica ni que las cuotas electorales sólo beneficien a mujeres, ni la paridad electoral.¹⁸

b) El modelo de la representación espejo.

La columna 5 presenta un modelo de representación espejo que asume precisamente la imposibilidad recién apuntada de que un colectivo social represente los intereses de otro. Este modelo supone una ruptura radical con el modelo de representación general y unitaria y con la visión de la política como política de las ideas en que este modelo se asienta. La política de las ideas descansa precisamente en la posibilidad de que un colectivo social represente los intereses de otros, considerando que lo esencial es la afinidad ideológica, que el hecho de que los colectivos en cuestión compartan o no experiencias de vida comunes es irrelevante o secundario. A esta política de las ideas ha venido a oponerse la llamada política de la presencia, que sostiene que las ideas no pueden disociarse de las experiencias vitales, que un colectivo social no puede representar a otro cuyas experiencias le son ajenas, que es preciso en consecuencia articular mecanismos para que los órganos de representación política reflejen en su composición la pluralidad de la sociedad que representan (Phillips, 1995). Desde esta perspectiva, el terreno político deja de ser el terreno de la representa-

.....
17 United Nations Human Development Report on Gender and Human Development (1995).

18 Véase Joni Lovenduski & Pippa Norris (1993).

ción concebida como abstracción, un terreno en el que los representantes actúan en nombre de toda la nación, y pasa a convertirse en un espacio que aspira a ser el espejo de la sociedad, en el que han de tener cabida los distintos colectivos sociales y en el que los representantes políticos encarnan los intereses específicos de los grupos a que representan. En la medida en que la paridad electoral defiende precisamente que ambos sexos deben tener una presencia equilibrada en las instituciones democráticas representativas, una presencia proporcional a su presencia en la sociedad, sus premisas parecen encajar bien con las de este modelo de representación espejo. Y, sin embargo, quienes defienden la paridad y las cuotas electorales suelen subrayar su fidelidad al modelo de representación general y unitaria, a la idea de que, con o sin paridad, y con o sin cuotas electorales, los/as representantes electos/as lo son de todos los ciudadanos y de todas las ciudadanas.¹⁹ Por otro lado, la lógica de la representación espejo requiere que todos los colectivos sociales cuenten con representación adecuada y proporcional a su presencia en la sociedad. Ni las cuotas electorales por razón de sexo, ni la introducción por ley de la paridad electoral parece pues responder a una transición de la política de las ideas a la política de la presencia. Unas y otras buscan la adecuada representación de las mujeres como un fin que responde a una lógica independiente de la que promueve la adecuada representación de otros colectivos sociales.

c) La democracia paritaria como modelo.

Las consideraciones precedentes nos llevan a la columna 6 de nuestra Tabla, y al modelo de democracia paritaria que aquí aspiramos a defender. Este modelo tematiza la singularidad de la paridad electoral y de la lógica que la inspira, argumentando que una democracia rectamente entendida no puede ser sino paritaria. Para ello este modelo nos traslada a los orígenes del Estado moderno y de la democracia representativa, al mito del contrato social/sexual,²⁰ a la división resultante entre lo público y lo privado como terrenos funcional y simbólicamente masculino y femenino, respectivamente. El modelo de democracia paritaria descansa en la toma de conciencia de que esa división no es ni accidental ni circunstancial, de que la inhabilitación de las mujeres para entrar a formar parte del nuevo espacio público de lo político, su inhabilitación para ser ciudadanas, es un rasgo estructural del Estado moderno. Y lo es porque el contrato social/sexual se apoya en el mito liberal de la independencia del individuo, concebido

.....
19 Hay, sin embargo, excepciones. Véase Rosanna Tosi (2002).

20 Carole Pateman (1988).¹⁰ Véanse especialmente las reflexiones desarrolladas en las pp. 2



como un sujeto que define su propio proyecto de vida de forma autónoma, sin depender de nadie y sin que nadie dependa de él. En palabras de Thomas Hobbes, los individuos modernos se conciben “... como si, incluso ahora, hubiesen surgido de la tierra y de repente, como setas, hubiesen alcanzado su plena madurez, sin ningún tipo de vinculación entre sí”²¹

Esta noción del individuo no deja espacio para la dependencia, para la necesidad de reconciliar la autonomía personal con necesidades que surgen de la gestión de la dependencia propia, y las responsabilidades relativas a la gestión de la dependencia ajena. La dependencia no se concibe como un aspecto definitorio de la persona, sino como un enemigo externo frente al que el individuo, naturalmente independiente, debe defenderse.²² Concebida como rasgo definitorio del nuevo individuo, un rasgo que se le presume en teoría y al que se aspira en la práctica, la independencia se erige en requisito para el acceso a la esfera pública y a la ciudadanía política en el Estado moderno. El problema es que la independencia del individuo es un mito, que para aproximarnos al ideal de independencia debemos desprendernos de las manifestaciones de dependencia personal que nos definen y que integran nuestra vida cotidiana. Ello fue posible identificando el mito de la independencia con el varón, dándole pues al individuo mítico rasgos masculinos, y desplazando hacia las mujeres, en un pacto de fraternidad,²³ el peso de la dependencia masculina, asignándonos a nosotras las tareas asociadas con su gestión. Las mujeres nos quedamos así en los contornos de la ciudadanía, excluidas de ella, pero definiéndola y dándole contenido con nuestra exclusión, asumiendo el encargo de gestionar nuestra dependencia y la de los varones para que éstos pudiesen escenificar su independencia en la esfera pública.

Como mito fundacional del Estado, el contrato social/sexual construye la esfera pública como un espacio de interacción de ciudadanos conceptualizados como individuos independientes –y como varones. Democracia, ciudadanía, representación, son nociones impregnadas todas ellas del ideal de independencia. No hay lugar en la esfera pública para la dependencia y su gestión. Para integrarnos en ella también las mujeres debemos endosarnos el ropaje de la independencia, transmutarnos funcionalmente en hombres, siquiera temporalmente.

.....
 21 “Philosophical Rudiments Concerning Government and Society” de T. Hobbes, citado por Benhabib (1992).

22 Jean-Jacques Rousseau (1762, eds. 2002).

23 Carole Pateman (1988, págs. 109 y ss.).

En el modelo de democracia paritaria, la paridad electoral se propone rectificar esta construcción del Estado, poniendo las bases para que éste deje de ser un espacio de individuos independientes y se abra a la realidad de la dependencia y su gestión, terreno que había quedado reservado funcional y simbólicamente a las mujeres. La paridad introduce la dependencia humana en el espacio público, no como una patología, un obstáculo para su autonomía, sino como elemento definitorio del individuo, y de toda aproximación a su autonomía que aspire a descansar en la naturaleza humana (Nedelsky, 1989). La democracia paritaria aspira a que la dependencia y su gestión dejen de conceptualizarse como obstáculos para la participación en la esfera pública, a que la representación política vaya más allá del ideal masculino de independencia, para abarcar los aspectos de la vida humana que el contrato social/sexual concibe como femeninos. Aspira así a que el Estado represente a todos los individuos, hombres y mujeres, en toda su complejidad. Ello conlleva una resignificación de la autonomía. La persona autónoma pasa ahora a ser, no el adulto (varón) libre de relaciones de dependencia, sino la persona responsable de su propia dependencia e inmersa en relaciones de interdependencia con otras personas; relaciones éstas que actúan como limitación natural –como co-definitorias- de cualquier proyecto vital. El paradigma de autonomía deja de ser la independencia para pasar a ser la interdependencia.

La democracia paritaria aspira, en definitiva, a deconstruir el contrato social/sexual. No aspira, con todo, a romper con el modelo de representación unitaria. No se trata de que las mujeres sólo voten y representen a mujeres, de que los hombres sólo puedan representarse a sí mismos. Con lo que se quiere romper es con las premisas que hacen del terreno público un terreno funcional y simbólicamente masculino, diseñado sobre el paradigma de la independencia, para introducir la dependencia humana en el terreno público/político y convertirla en un rasgo definitorio del mismo. Se trata de redefinir al sujeto político a partir de una redefinición de autonomía como interdependencia. De este modo, el modelo de democracia paritaria justifica la paridad electoral como una medida correctiva de la exclusión (fundacional y estructural) de las mujeres de la esfera pública del Estado. Para ello no bastan las cuotas. La redefinición de autonomía como interdependencia, y del espacio público como espacio de interdependencias, requiere, no de una presencia mínima de mujeres, sino de un diálogo de igual a igual entre el mito de la independencia y la realidad de la gestión de la dependencia, entre quienes hasta ahora se han venido identificando simbólicamente y funcionalmente con una y con otra.



La legitimidad de la paridad electoral deriva pues, no de la aplicación del principio de igualdad material en el terreno de la representación política, sino de una interpretación de las nociones de ciudadanía, democracia y soberanía popular comprometida con superar las implicaciones excluyentes (antidemocráticas) del contrato social/sexual como mito fundacional del Estado, para así culminar el tránsito del Estado liberal al democrático. Esta interpretación aspira a una redefinición funcional y simbólica de la democracia, del sujeto político y de las relaciones entre los sexos que sitúe, no a la independencia, sino a la interdependencia humana en el centro neurálgico del espacio público. Esto no significa ignorar el déficit democrático que deriva de la infra-representación de otros colectivos sociales. Significa que la paridad electoral responde a su propia lógica, que es distinta de la que puede avalar las cuotas electorales para la inclusión de otros colectivos, aunque no es incompatible con ella. Tampoco significa que para redefinir el Estado democrático resignificando la noción de autonomía baste con la redefinición del espacio público. Comenzando en lo público, objeto del contrato social/sexual, esa redefinición y esa resignificación aspiran a expandirse a todos los terrenos sociales.

La singularidad de la paridad electoral no ha sido suficientemente reconocida por los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el tema. En sus decisiones ha predominado un planteamiento elaborado desde a lógica de los derechos –si bien con guiños a las nociones de representación y a la especificidad de la diferencia de género. También la STC 12/2008 gira en torno al derecho a la igualdad y su dimensión material. Y también el Tribunal Constitucional introduce consideraciones sobre nuestro modelo de democracia representativa, cuyo potencial deja, sin embargo, sin explotar –y cuya parquedad provoca el voto particular de Rodríguez Zapata. Fue ésta una oportunidad perdida para avanzar en la (re)definición de democracia, ciudadanía y sujeto político en términos que nos permitan superar las insidiosas secuelas del mítico contrato social/sexual, y de contemplar la democracia paritaria como lo que es, el correctivo de nuestro mito fundacional.



BIBLIOGRAFÍA

BENHABIB, S. (1992): "The Generalised and the Concrete Other", in BENHABIB, S. (ed.): *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Cambridge, Polity Press.

BRUNELLI, G (2006): *Donne e politica*, Bologna, Il Mulino.

COCKBURN, C. (1996): "Strategies for Gender Democracy: Strengthening the Representation of Trade Union Women in the European Social Dialogue", en *The European Journal of Women's Studies*, Vol. 3, Issue 1, February 1996, pp. 7-26.

D'ALOIA, A. (2002): "Le 'quote' elettorali in favore delle donne", in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Università di Ferrara.

GÜNTER, K. (1995): "Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas", *European Journal of Philosophy*, núm. 3.

HABERMAS, J. (1994), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp.

JONASDOTTIR, A. (1988): "On the Concept of Interest: Women's Interests and the Limitations of Interest Theory", en JONES, K. & JONASDOTTIR, A. (eds.) (1988): *The Political Interest of Gender*, London, Sage.

LOVENDUSKI, J & NORRIS, P (1993): *Gender and Party Politics*, London, Sage.

NEDELSKY, J. (1989): "Reconceiving autonomy" *The Yale Journal of Law and Feminism* 1, pp.7-36.

PATEMAN, C. (1988): *The Sexual Contract*, California, Stanford University Press.

PHILLIPS, A (1995): *The Politics of Presence: The Political Representation of Gender, Ethnicity and Race*, Oxford, Oxford University Press.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARÍN, R. (2007): "De la Paridad, la Igualdad y la Representación en el Estado Democrático", *REDC* núm. 81, pp. 115-159.

ROUSSEAU, J.J (1762, ed. 2002): "Discourse on the Origin and Foundations of Inequality among Mankind", en DUNN, S. (eds.) (2002): *The Social Contract and the First and Second Discourses*, Yale, Yale University Press.



TOSI, R. (2002): "Le 'quote' o dell'eguaglianza apparente", en *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Università di Ferrara.

YOUNG, I. M. (2002): *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.





CIUDADANÍA Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES EN ESPAÑA

Ana Rubio Castro

Profesora Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

Consejera del Consejo Escolar del Estado

Vocal del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer

El poder constituyente y las mujeres.

Aunque los cambios, en curso, en las estructuras burocrático-administrativas de los Estados se presentan ante las ciudadanías como cambios lógicos en el desarrollo democrático de la sociedad, y necesarios ante la globalización económica y el desarrollo tecnológico, lo cierto es que exigen para su gestación de un fuerte liderazgo por parte de los Estados. Los cambios en curso han abierto al debate cuestiones políticas que se pensaban superadas, o que se pretendían presentar como superadas, entre las cuales cabe destacar: el modelo de representación política adecuado para la nueva organización burocrático-administrativo del Estado, cómo participar en política dada la pluralidad de contextos y planos en los que se adoptan decisiones políticas, qué significado debe tener la ciudadanía en el marco de la globalización y quiénes deben de integrarla. Aunque estas cuestiones fueron resueltas, en el pasado, por la filosofía política contractualista, las críticas a ella efectuadas y los cambios económicos y sociales en curso están obligando a una revisión de sus propuestas. Una revisión que he afrontado desde la perspectiva de género y con el bagaje teórico que nos ofrece el feminismo.

Una sociedad en proceso de cambio radical.

Decía Carl Jung que un tercio de las personas que pasaban por su consulta sufrían como resultado de la falta de sentido y de propósito de sus vidas. El que en estos momentos se haya puesto de moda la filosofía como sustituto del prozac, así como los asesores filosóficos, en lugar de los psicólogos o de los psiquiatras, demuestra que nos enfrentamos a preguntas vitales para las que nos faltan respuestas.

Los cambios en el espacio y en el tiempo que nos envuelven y marcan nuestra existencia escapan a nuestro control y aumentan nuestra vulnerabilidad. Al vacío que genera la falta de discursos y de propuestas alterna-

tivas para afrontar los nuevos problemas se suma la vulnerabilidad estructural que ha producido y produce el capitalismo salvaje, lo que hace nacer en los individuos miedo e inseguridad.

El individualismo social imperante convierte al individuo en responsable de su existencia cuando lo que acontece a su alrededor no se deja aprehender por su voluntad, ni explicar con las teorías disponibles, lo que le lleva a hacerse las siguientes preguntas: ¿cómo hacer compatible la responsabilidad individual con la responsabilidad social? ¿Cómo evitar el paternalismo en política sin destruir la relevancia de lo social y lo colectivo? ¿Cómo renovar la utopía social tomando al individuo y al contexto social como ejes para su articulación?

Si en el pasado, el dominio de los psicoterapeutas había moldeado una sociedad en la que todo el mundo podía culpar a alguien o a algo de sus problemas, liberándose a los individuos de sus responsabilidades, hoy el punto de inflexión se pone en el lado opuesto: sólo los individuos son responsables de su vida y de su entorno. De este modo se trata, desde el poder, de transformar al ciudadano menor de edad en un agente activo del devenir histórico. Pero no se está produciendo este resultado, no se está gestado un individuo activo y responsable, la transformación en marcha, lo que para algunos es la segunda modernidad o la nueva individuación (Beck) está sumiendo al individuo en el malestar y en la angustia, ante la responsabilidad que se le exige y el vacío cultural al que se enfrenta.

Para desarrollar en los seres humanos responsabilidad hay que desarrollar, en primer lugar, autonomía de pensamiento y libertad de acción, cualidades individuales que necesitan de determinadas estructuras y relaciones sociales, así como de propuestas y modelos humanos plurales (Butler). Cuando estos apoyos no existen, cuando el individuo queda atrapado en el presente, percibe el futuro con angustia y, en algunos casos, peor aún, desde el miedo.

Para realizar un cambio social, antes hay que producir discurso político alternativo, nuevas propuestas sociales y políticas con las que afrontar los cambios, pues no basta para la acción con la guía que proporciona la reflexión moral. Desde la moral no es posible construir el sujeto colectivo, el nuevo nosotros, y sin él no es posible el cambio social, ni el establecimiento de pactos entre sujetos y grupos afines. Quienes defienden el planteamiento individualista sostienen que la actual alianza capitalismo-demo-



cracia es el marco institucional ideal en el que los individuos, hombres o mujeres, pueden ejercitar sus derechos y libertades, y construir el futuro en libertad. ¿Pero son ciertas estas afirmaciones? ¿Están todos los individuos en el marco institucional actual en las mismas condiciones para ejercer sus derechos? ¿Todos pueden construir su futuro en libertad?

Para poder ajustar la realidad al discurso, el liberalismo defiende que los individuos se ha acostumbrado al paternalismo del Estado social y son incapaz de afrontar los desafíos que encierra el propio hecho de vivir. Se argumenta que tener problemas es lo normal y que la angustia emocional que siente la ciudadanía no es una enfermedad, sino el lógico resultado de la adopción de decisiones y de actuar. Por consiguiente, lo que los individuos deben de hacer es afrontar el hecho mismo de vivir con lucidez. No cabe duda que la lucidez es la mejor posición desde la que encarar la propia existencia y desde la que responder a las cuestiones personales y sociales, pero, ¿qué la hace posible? ¿Está en la filosofía práctica la respuesta? ¿Qué valor tiene la política en las estrategias que se nos proponen?

Valor epistemológico de la experiencia.

En un momento en el que los universales se han vuelto huidizos y la experiencia, el vivir, el ensayar, el testar, parecen ser la única oportunidad para la comprensión de las cosas, debemos hacer que interactúe la experiencia, la narrativa y el pensamiento para aprehender y explicar la realidad que nos rodea. Necesitamos construir y reflexionar desde dentro de sí y con los discursos. Pero hacer posible esta reflexión exige la interacción permanente entre la historia y el presente, para que de ella surja el pensamiento experimentado. Es importante conocer el discurso del poder pero también de quienes lo padecen o están excluidos de él, para así comprobar si los discursos de los que disponemos iluminan la realidad social y dan cuenta del acontecer real de las personas, o no; esto es, si son discursos que hacen posible la comprensión de la realidad tal y como es, y no la presentan de forma distorsionada.

Todas las filosofías de la historia hablan de algo que no es controlable por el ser humano. Adam Smith hablaba de la mano invisible, Kant del ardid de la naturaleza, Hegel de la astucia de la razón y Nietzsche se interroga sobre si conocemos los motivos, los orígenes, el fin de las acciones humanas, o si éstas no tienen sentido en absoluto. Pero si la historia no la hacen las personas, ¿cómo se construye? H. Arendt se pregunta si quizá la hace

quien la escribe. Si quien escribe es quien introduce sentido y coherencia donde sólo hay desorden, si esta afirmación es cierta ¿qué relación existe entre las teorías y nuestro pensamiento? Sin duda, todo acontecimiento que se recuerda es pensado y racionalizado por el sujeto y toda teoría es resultado de la interacción entre pasado y presente, entre el recuerdo y la anticipación.

Cuando hacemos historia seleccionamos teorías y hechos, aquellos sobre los que queremos apoyar nuestro pensamiento reflexivo, sin duda esto es lo que hemos hecho en este trabajo. Es decir, utilizamos las teorías y los hechos para construir sentido. En palabras de Walter Benjamín, porque son la forma en que logramos hacer sensible lo abstracto, y visible lo que se trata de ocultar. La historia es el conocimiento que nos permite la correspondencia y la mezcla de niveles y planos de lo real, sin los cuales la complejidad no se alcanza y sin complejidad es difícil aprehender y explicar la realidad social. En el análisis histórico se gesta, pues, la necesaria conexión entre la objetividad y la subjetividad que exige todo conocimiento social y éste ha sido el objetivo de esta exposición.

Si lo que une la teoría con la práctica es el juicio, según Kant, el individuo para orientarse reflexivamente en el mundo, para guiarse a través él necesita del *sensus communis*, sin el cual puede caer en el riesgo de sublimar o de sobrestimar lo que la experiencia es. El primer riesgo conduce a la inercia y al conformismo, el segundo riesgo a la inconsecuencia o la temeridad, pero no es fácil protegerse de ninguno de ellos en este momento (Lafer, 2006). De hecho estamos cayendo en ambos, de ahí que debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Qué podemos o debemos controlar a nivel social, para la buena vida en común? ¿Qué escapa a nuestra capacidad individual de decisión?

Para responder a estas cuestiones debemos reflexionar, en primer lugar, sobre quién debe tener el control y de qué forma sobre la cultura moral, ética y estética en la que tenemos que vivir y en la cual se definen los significados de las instituciones legales y se moldea el sentido de la vida (Dworkin, 2006, 8). Aunque actualmente la cultura se moldea a través de fuerzas múltiples, cabe destacar esencialmente dos: por un lado, las decisiones discretas de personas individuales que de forma cotidiana deciden sobre qué producir, qué comprar, qué leer, qué música escuchar, etc., y, por otro, decisiones colectivas tomadas por legisladores electos. Por consiguiente, cuando los individuos demandan dignidad y libertad personal, no se re-



chaza la influencia colectiva, lo que se rechaza es la subordinación (Dworkin, 2006, 9). Lo que prohíbe el respeto a la dignidad individual es que otros decidan qué debe pensar el individuo, qué es la buena vida, así como oprimir la búsqueda de deseos individuales diferentes. "Mi dignidad queda tan ultrajada por una coerción que pretende perpetuar mis valores como si pretende cambiarlos" (Dworkin, 2006, 9) Esto significa que la cultura que perfila los valores y los modelos individuales no debe pertenecer a nadie, ni debe ser dogmática. Las ideas y los valores pertenecen a todos y a todos les corresponde determinar su sentido y significado. El conservadurismo y el fundamentalismo que hoy invade a los países de oriente y occidente es el más grave atentado a la dignidad y a la libertad individual. De ahí que el desarrollo democrático sea hoy esencial para avanzar individual y socialmente. Por consiguiente, la democracia es el contexto social necesario en el que el individuo puede desarrollar su dignidad y libertad, y para que esta dignidad y libertad se ejerza en pie de igualdad por hombres y mujeres, yo añadiría que el mejor contexto estructural para ello es la democracia paritaria, con el significado que a continuación se expone.

Retos actuales de la democracia.

Las democracias actuales ya no pueden ocultar sus contradicciones tras la exaltación de sus libertades, como lo hacían frente al comunismo. Hoy todos se declaran demócratas, ¿pero lo son? La teoría política ha captado bien el escepticismo que envuelve a las ciudadanías. Por un lado, todos se declaran demócratas pero al mismo tiempo, se declara que la democracia es una utopía. Aunque entre 1980 y 2002, ochenta y un países del antiguo imperio soviético se han hecho democráticos, no está claro que esta declaración formal signifique un mayor desarrollo democrático. Como ya ocurrió en el pasado, se adoptan las formas democráticas pero sin adoptarse su contenido material; esto es, el ideal de justicia social que encierra el proyecto democrático. Estos hechos obligan a precisar cuáles son las exigencias mínimas de un Estado de derecho, y cuáles las de un estado democrático y de derecho, para desde ellas evaluar a las democracias actuales. ¿Son las nociones tradicionales de voluntad del pueblo, bien común, que han conformado tradicionalmente a las democracias, hoy sostenibles? ¿Cómo se construye el bien común en sociedades fuertemente corporativas?

La idea de que la democracia debe converger en un bien común racionalmente identificable tiene su origen en la teoría del contrato social. Especialmente, en Rousseau, quien creyó que era posible mediante el debate



racional conformar la voluntad general. Una voluntad alcanzada una vez neutralizado el particularismo egoísta de los individuos. ¿Es real hoy esta propuesta, si es que en algún momento lo fue? Aunque son muchas las voces que se alzan hoy contra la posibilidad de construir el bien común o la voluntad general, los impedimentos no están tanto en la falta de racionalidad o en la imposibilidad de agregar, dada la diversidad social, sino en la pluralidad de contextos en los que se decide y se hace política. Las dificultades están en el déficit deliberativo, resultado de la falta de poder de ciertos grupos sociales y en la dificultad que encuentran determinados individuos para hacerse visibles en el debate político y ser interlocutores con autoridad en el mismo. Las democracias exigen, en el contexto de la globalización, un procedimiento de adopción de decisiones colectivas por mayoría, pero también un espacio de encuentro entre interlocutores políticos de diferente naturaleza y que actúen en contextos dispares, donde todos puedan reunir las condiciones necesarias para participar activamente en el debate y establecimiento de consenso.

La democracia simboliza un poder radical, el poder de todos. Por este motivo, atentar contra la democracia es atentar contra el demos. Y se atenta contra la democracia cuando se quiere limitar a un espacio o a un proyecto preconcebido. Esta imposición se produce cuando se tratan de resolver los problemas políticos actuales en el marco y en los límites que establecen las teorías jurídicas del poder; en otras palabras cuando se trata de encerrar a la democracia en el marco que diseña la constitución vigente. Pero, la democracia es el poder que no acepta ser limitado, salvo por sí mismo, para garantizar su propia existencia. El único límite intrínseco que la democracia impone es que no se revoque el principio de las mayorías. Un demos que no tenga control sobre el futuro es la supresión del propio demos. Pero, ¿qué es el demos? ¿Quiénes lo conforman? Las respuestas a estas preguntas están hoy abiertas al debate. Existe en democracia, además, otra cuestión clave, la figura del disidente. La libertad del disidente, su soberanía frente al futuro, es anterior al poder de la mayoría y al principio de la mayoría, pues es condición lógica para la posibilidad de ambos (Flores, 2006, 21). Sólo en democracia la individualidad tiene sentido y tiene sentido como lo que es, un ser juntos.

Los cambios que se están produciendo en la organización del Estado están también afectando a la estructura del derecho¹. El derecho, como sistema

.....
 1 Siempre que el derecho ha modificado su estructura en la historia le han precedido importantes cambios económicos y sociales.



de organización social, está evolucionando hacia un derecho negociado (para algunos corporativo), en el que se abandonan las prohibiciones, el derecho negativo, para adoptarse cada vez con más frecuencia, una forma positiva, leyes de incitación (la ley integral y la ley de igualdad efectiva son en España un claro ejemplo de esta nueva estructura del derecho). Esta nueva estructura jurídica se adapta mejor a las presiones externas que los diferentes grupos sociales ejercen sobre las instituciones y facilita el establecimiento de acuerdos entre los diferentes actores políticos (Flores, 2006, pp.194-195). Lo que convierte al derecho, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, en un instrumento de regulación de conflictos y de control de la diversidad que puede ser utilizado, o no (pensemos en el desarrollo de la mediación en los diferentes órdenes jurídicos). Esta pérdida de protagonismo del derecho como centro único de imputación jurídica afecta directamente al sentido de la democracia. Si el derecho es un sistema más en la resolución de los conflictos sociales y en el establecimiento de causas para la discusión razonable entre los sujetos implicados en los conflictos, ¿qué papel desempeña en este contexto la democracia representativa como cauce de expresión y decisión del pueblo soberano?

Si los elementos que tradicionalmente conformaban al Estado ya no existen -separación entre lo privado y lo público, separación entre las funciones administrativas y las funciones políticas-, ¿qué permanece del Estado democrático y por qué modelo se desea sustituir? Los hechos parecen demostrar que el Estado y el derecho caminan en la dirección de convertirse en “una nueva técnica gerencial de reducción de los conflictos y de legitimación de la dominación”. Esto es, en un derecho flexible y negociado que proporciona a los intereses antagónicos y contradictorios privados las formas jurídicas necesarias para su libre desenvolvimiento, al tiempo que permite el establecimiento de consensos y acuerdos políticos entre los diferentes actores políticos. Unos consensos y acuerdos que se legitiman desde el origen y desde su propia existencia (lo real es racional), al presentarse como la expresión del bien público. En este nuevo contexto institucional desaparece la tensión entre el ser y el deber ser, para imponerse lo posible y lo razonable en el marco jurídico y político. (Flores, 2006, p.198). Frente a esta realidad jurídico-política es imprescindible recuperar la idea del sujeto, la idea de un nuevo sujeto político, un nuevo nosotros (más legítimo), desde el que reflexionar sobre las condiciones estructurales que deberían darse en una sociedad justa y democrática, conscientes de que el mayor obstáculo para la recuperación de la utopía, estará en las puertas de las fabricas. En palabras de Bobbio, en las condiciones socio-laborales

que impone el capitalismo internacional a los Estados. Sirva como ejemplo la recientemente directiva europea² que ha incrementado el número máximo de horas trabajadas a la semana de 48 a 65, hablándose incluso de incrementarlas a 70 en caso de trabajadores que realicen guardias. Si pensamos que las 48 horas de trabajo a la semana se conquistaron en el siglo XIX, es claro el retroceso.

Para hacer frente a los desafíos que la globalización económica impone a las democracias, no basta con el reforzamiento o la consolidación de la igualdad formal, para hablar de justicia social. La igualdad formal, como la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, expone “aún habiendo comportado, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente”, motivo por el cual es necesario tomar en consideración las diferencias que la igualdad despliega en los distintos contextos de la vida humana, para que sea efectiva; hay que enfrentarse a lo particular y a lo distinto, que la realidad social presenta, aceptando su irreductibilidad. Esto exige desarrollar nuevos modos de pensar, nuevas formas de significar los viejos vínculos, para fundarlos en principios sustantivos renovados. Hay que construir una igualdad sin merma de la libertad individual. Los lazos solidarios que toda democracia exige no nos hacen menos individualmente, sino más. Pero en el diseño de los lazos solidarios debemos partir de un ser humano complejo, real, en el que interactúa lo racional y lo razonable, los sentimientos y las emociones. La ignorancia de cualquiera de estas dos dimensiones humanas impedirá la comprensión de las jerarquías de valores existentes en la sociedad y en los individuos y los significados asignados a los mismos, una comprensión necesaria si se desea desarrollar la democracia en la línea de profundizar en la igualdad de género.

¿Qué aporta el pensamiento feminista a todo lo expuesto? El feminismo aporta importantes críticas al liberalismo y al individualismo hegemónico, y además, o sobre todo, pensamiento social y político alternativo; una nueva forma de comprender lo personal y lo social, la vida y la política, superando la compartimentación impuesta en el pasado.

.....
 2 Bajo el concepto de flexiseguridad se ha modificado la directiva de la UE 2003/88/CE, mediante la DS611/2008 y DS612/2008, mediante la que se regulaba las horas de trabajo a la semana. Los argumentos utilizados han sido que el tiempo no se establece de forma obligatoria y que los Estados determinarán de qué forma implementan esta medida en sus diferentes sistemas. Si pensamos en la actual crisis económica y en la vulnerabilidad de trabajadoras/es la ausencia de obligatoriedad es sólo aparente.



El valor hoy de la dimensión constituyente de la ciudadanía.

Recordar las exigencias originarias de la democracia y la doble dimensión tradicional de la ciudadanía, como poder constituyente, (pueblo soberano) y como poder constituido (representantes políticos), es necesario para desvelar si los cambios jurídicos que estamos realizando en la representación política, mediante las cuotas paritarias, suponen una transformación suficiente, o no, de las condiciones que Dahl establecía como ineludibles en un sistema democrático.

Si las exigencias que hoy le imponemos a los sistemas políticos democráticos son: que mejoren la gobernanza, incrementen la legitimidad de las instituciones y la eficacia y eficiencia de las decisiones políticas; al tiempo, que desarrollen la democracia potenciando las virtudes cívicas de la ciudadanía, ¿qué valor político tienen las reivindicaciones de las mujeres y del feminismo?

La promesa de igualdad democrática asociada a las teorías clásicas del contrato social y a una concepción individualista de la sociedad, no sólo se han visto cuestionadas por el feminismo, también por las políticas de la identidad que demandan a la democracia el reconocimiento de las diferencias culturales existentes en la sociedad. Creo que el desarrollo democrático exige hoy una resignificación de las exigencias originarias de la democracia, no su disolución o aceptación. Esto es, un nuevo contrato social superador de las exclusiones del pasado, o mejor dicho, un nuevo contrato social en el que se cumplan los presupuestos ilustrados originarios (en lo referido al sujeto racional y a su autonomía), que la burguesía y el liberalismo traicionaron.

La democracia exige para su desenvolvimiento un nuevo pacto constitutivo de la comunidad política, en el que se ponga fin al pacto sexual previo que condicionó el orden social y político establecido y determinó a los sujetos iguales que habrían de formar parte de la comunidad política. Esta exigencia es irrenunciable, en mi opinión. Pretender modificar el pacto sexual que subyace en los sistemas democráticos desde la ley (leyes de igualdad), es ignorar que la exclusión política de las mujeres no la produjo la ley, no la produjo el voto censitario³, sino la política. El origen político de la exclusión explica por que no ha podido ser destruido el pacto sexual

.....
 3 La limitación de los no propietarios varones al ejercicio del poder si fue establecida legalmente mediante el sistema electoral, el voto censitario.

mediante los cambios realizados en el principio de igualdad, en el contexto de la Constitución. El pacto sexual⁴ es previo a la conformación del orden social y político, es pre-legal (Pateman, Mackinnon), y sobre el se asienta el pacto de unión de los sujetos iguales que precede al pacto de cesión de poder y construcción del Estado. La exclusión de las mujeres del ejercicio del poder es un acuerdo político, que se justifica y legitima con ayuda de la filosofía, la ciencia o la religión, lo que explica que las mujeres nunca hayan sido realmente pueblo soberano.

Hasta 1993 -en Viena, en la Conferencia Mundial sobre los derechos humanos-, no se han reconocido los derechos de las mujeres como parte inalienable de los derechos humanos, subsanándose así la ausencia producida en 1789, en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Pero este reconocimiento internacional de las mujeres y los hombres como sujetos iguales en derechos exige un paso más, su plasmación en el Estado, su consagración en las constituciones. Las constituciones de los Estados europeos se modificarán en los próximos años para adecuarlas a los cambios en curso, pues bien, es el momento idóneo para solventar el déficit político de fundamentación del Estado democrático. Un déficit que no puede subsanarse tan sólo con un cambio en el sistema electoral, con cuotas que garanticen la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones políticas, porque el déficit no es meramente numérico, sino de fundamentación del poder democrático. Quienes rechazan esta exigencia, tratan de afrontar un problema político estructural como un cambio jurídico-instrumental.

La defensa de un nuevo pacto social verdaderamente incluyente y legítimo no quita valor al esfuerzo político realizado por España para modificar el sistema electoral y adaptarlo a las exigencias de la democracia paritaria, en virtud de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en la ley de igualdad de 2007. Y estoy perfectamente de acuerdo con la argumentación utilizada por el TC, en su sentencia de 29 de enero de 2008, en la que sostiene que los cambios introducidos en el sistema electoral no sólo no modifican los principios básicos de la representación y la participación política, sino que además tratan de cumplir con el mandato que impone de igualdad sustantiva el artículo 9.2., a la noción de ciudadanía (punto 4, párrafo 6º), y que el legislador tiene la responsabilidad

.....
 4 Hellen Fisher ya hablaba en los años ochenta de de un primitivo pacto sexual resultado de una existencia nómada y la dificultad en criar al infante humano. Esta explicación biológico-evolutiva no ha estado exenta de polémica.



de hacer efectivo. Esto significa que “el Art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del artículo 14 CE en el ámbito de la representación política, donde si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación (Art. 6), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el ejercicio de los derechos que exige el Art.9.2. (...). Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que proclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados” (punto 5, p. 4º) También comparto con el alto tribunal que le corresponde al legislador ordinario decidir en cada momento histórico el óptimo de igualdad que se estima adecuado y correcto socialmente. Pero aún compartiendo esta argumentación y diría más, precisamente porque la comparto, considero que es necesario que la Constitución impida al legislador ordinario modificar, en el futuro, el co-ejercicio del poder en pie de igualdad de mujeres y hombres. Recordemos que todos los logros políticos y sociales relevantes siempre se han introducido en la Constitución, con el fin de evitar retrocesos y para protegerlos de los vaivenes de las diferentes mayorías. Entiendo que este cambio constitucional resignifica al sujeto político sobre el que se asienta el Estado y da un paso adelante en el desarrollo de la democracia, acercándonos a una democracia de calidad. Pero no sólo se avanzaría en el modelo político, también en el modelo de racionalidad que inspira a las instituciones y a las leyes, pues al integrar en él a las mujeres y a los hombres como sujetos racionales, se incluye a todo lo que con las mujeres se apartó de la política y del debate público, la vida, los sentimientos y las emociones de los seres humanos.

Quienes consideran que los cambios en el sistema electoral son suficientes para garantizar el juego político en igualdad, entienden que la participación política es lo esencial. Pero no es así. La participación política es dependiente del modelo de representación política y éste de la autoridad y del estatus social de los individuos. La representación política, como mediación que es, sólo es posible de realizar por aquellos sujetos a los que la sociedad reconoce racionalidad y autoridad. Si esta autoridad no la poseen las mujeres en el mismo grado que los hombres, dada su posición social subordinada como resultado de la discriminación estructural descrita, su ejercicio del poder estará condicionado por las lealtades debidas a quienes, con poder y autoridad, han decidido su presencia en la política institucional.



Debemos liberar a la razón⁵ de los límites que le impone el liberalismo, debemos crear interés por la utopía, oponiéndonos a quienes se interrogan sobre si hoy es deseable la Utopía (Rivera, 2005, pp196-198). La capacidad racional de los individuos en la búsqueda de la libertad en igualdad, no puede quedar limitada al cálculo de lo posible para el logro de los propios intereses en sociedad, porque esto encierra a los individuos en el marco y en los límites que les imponen las leyes y las instituciones establecidas, e irracionaliza discursos como el aquí presentado. La utopía es imprescindible, es la luz que muestra lo que aún no existe pero puede llegar a ser. Sin duda, el pensamiento liberal es extraordinariamente útil para quienes se sienten reconocidos entre los iguales y creen tener en los espacios de autonomía y libertad que las leyes y las instituciones construyen los instrumentos idóneos y suficientes para su desarrollo personal en sociedad. En otras palabras, para quienes se consideran asimilables a los sujetos que ejercen el poder. Pero quienes así piensan ignoran la existencia de los "no individuos", o de los grupos sociales oprimidos, y lo hacen convencidos de que sólo existen individuos libres e iguales, porque las leyes así lo establecen. Las desigualdades y opresiones sociales que les es imposible desconocer las justifican como resultado de las malas o buenas decisiones individuales, como consecuencia de un mal cálculo racional, de cuyos errores únicamente son responsables exclusivos los individuos. Desde estos presupuestos, los diferentes desarrollos experimentados por el principio de igualdad en la evolución de la estructura del Estado se piensan instrumentos suficientes para poner fin a la discriminación y avanzar en la democracia.

Se argumenta también que la incorporación de las mujeres al poder constituyente carece de valor moral y político, porque los sujetos-varones actuaron y decidieron como sujetos racionales al establecer las condiciones fundantes del Estado, lo que otorga a sus decisiones un valor universal. Por consiguiente, lo que las feministas proponen es redundante, puesto que los acuerdos racionales que demandan ya forman parte de la Constitución; o ilegítimo, si pretenden imponer sus demandas, pues las mismas, al no coincidir con las establecidas con los varones-sujetos racionales, son calificadas de parciales y sectarias. Cuando se utilizan estos argumentos se distorsiona la verdadera naturaleza de la democracia.

.....
 5 La demanda de universalidad que caracteriza a la razón ilustrada permite irracionalizar los usos interesados e ilegítimos que el patriarcado liberal desarrolló. La razón ilustrada, como razón esencialmente crítica, tiene la capacidad de volver sobre sí y detectar sus propias contradicciones. Esto es lo que ha hecho el feminismo, al mostrar las jerarquías y desigualdades que se ocultaban tras el individualismo moderno (Amorós, 1992, p. 120).



El feminismo ha reivindicado históricamente igual reconocimiento en la subjetividad y en la ciudadanía para mujeres y hombres, criticando el falso universalismo sobre el que se asienta el poder. Aún aceptando la argumentación de quienes califican al feminismo como redundante o ilegítimo, éstos deben responder a las siguientes cuestiones: ¿cómo explicar que existen personas con dificultades para construir su subjetividad o ejercer su ciudadanía plena a pesar de ser consideradas por la constitución sujetos iguales en derechos? ¿Cómo abordar desde la legalidad la erradicación de los grupos sociales discriminados? ¿Por qué la igualdad legal y la igualdad de oportunidades no han restituido a las mujeres en el estatus social que les corresponde por justicia en una democracia?

La centralidad de la legalidad.

La centralidad de la legalidad como instrumento suficiente para desarrollar el principio de igualdad minimiza el valor de las condiciones estructurales en las que los individuos ejercen sus derechos y libertades. Ni las personas, ni el derecho actúan y deciden descontextualizados de la base material que los conforma. Ni las preferencias, ni los deseos individuales se construyen al margen de las relaciones y estructuras sociales. La interacción entre el derecho, la moral y la política es evidente. Por consiguiente, el esfuerzo por presentarlas como realidades independientes sólo puede tener como objetivo ocultar la parcialidad de los intereses políticos que se defienden o justificar el carácter ahistórico con el que se desea presentar lo justo.

Si hay individuos que en función de su posición de poder en la estructura social y política -porque son reconocidos como sujetos racionales e iguales-, han desarrollado la capacidad de pensar desde sí y por sí, y encuentran en la legalidad los instrumentos adecuados para la acción, y otros sujetos no, la igualdad formal o de trato, así como la igualdad de oportunidades, pueden servir para encubrir o perpetuar la asimetría en las relaciones de poder entre mujeres y hombres, al presentarse la subordinación social de las mujeres como un problema individual, ante el desarrollo legal del principio de igualdad y la participación equilibrada de mujeres en los centros de decisión y gestión política.

También se corre el riesgo de relativizar el valor del contexto y de la desigualdad de poder entre mujeres y hombres, afirmándose que existen en las sociedades y en las personas diferentes formas y modos de ejercer poder. Cuando se argumenta así, se está manipulando la representación



del poder y de quienes lo ejercen. Los grupos oprimidos o subordinados⁶, dada su exclusión del poder, sólo pueden transgredir las reglas, pero la trasgresión de las reglas no tiene capacidad para transformar la realidad. Para transformar la realidad y poner fin a la discriminación contra las mujeres en Política, las mujeres deben tener pleno acceso al ejercicio del poder y para conseguirlo es imprescindible ser poder constituyente y no sólo tener presencia en el poder constituido. Además, con la integración de las mujeres en la Política se introduce lo que se definió como el “no yo”: la naturaleza, la subsistencia y la reproducción. El nuevo pacto social irracionalizaría que existieran espacios sociales al margen del debate político y público, así como excluidos del control racional de la Ley (Agamben, 1998)⁷.

El engaño sobre el que se sustenta el orden político moderno es que no pone fin a todas las servidumbres entre los seres humanos, ni a las desigualdades sociales. Lo que el orden político moderno construye es otra forma de desigualdad, en el que la libertad de los sujetos independientes e iguales se realiza a costa de la autonomía y de la libertad de los otros, los sujetos naturales privados de racionalidad y de voz: las mujeres y los menores.

El modelo de participación social y política y de representación se construye sobre la base de un falso modelo universal, el sujeto que se reconoce

.....

6 Utilizo el concepto de grupo social en la línea teorizada por Iris Marion Young, así como el concepto de opresión. Generalmente la filosofía política no ha definido el concepto de grupo social, o cuando lo ha hecho lo ha identificado con la asociación o el conjunto. “Un conjunto es una clasificación cualquiera de personas de acuerdo con algún atributo”. Quienes consideran al grupo social como un conjunto, alegan el carácter arbitrario de dichas agregaciones para negarles valor social o político. Pero el grupo social no se define por una serie de atributos, sino “por un sentido de identidad”. Los grupos sociales no “son entes, que existen independientemente de los individuos, pero tampoco son simples clasificaciones arbitrarias de individuos, de acuerdo con atributos externos o accidentales respecto de su identidad”. “Los significados de grupo constituyen parcialmente la identidad de la gente en términos de forma cultural, la situación social y la historia que los miembros del grupo conocen como suya, sea porque estos significados les han sido impuestos o porque han sido forjados por ellas, o por ambas cosas. Los grupos son reales no como sustancial, sino como formas de relaciones sociales.” Tampoco son asociaciones, porque las asociaciones son instituciones formalmente organizadas. Este modelo asociativo concibe al individuo previamente a la asociación, pero el grupo es distinto, porque el grupo social conforma a los individuos. Esto no significa negar la posibilidad de trascender la identidad grupal, o ignorar que las personas tengan muchos aspectos independientes de estas identidades grupales, sólo se sostiene que el particular sentido de la historia, las afinidades y diferencias y hasta el modo de razonar y valorar o expresar los sentimientos están constituidos, en parte, por las afinidades de grupo. (YOUNG, I.M., 2000, pp. 77-78, 79-80).

7 Pensemos en los feminicidios de ciudad Juárez o en Guantánamo. Para entender cómo pueden existir en el marco de estados soberanos estas situaciones de impunidad.



como igual es el varón- padre de familia. Esto explica la estrecha conexión que existe entre la política y la familia, y que éste sea el único sujeto que transita libremente de lo privado a lo público y encuentra en ambos contextos las condiciones estructurales para el desarrollo de su proyecto vital en sociedad. La falsa complementariedad establecida entre los sexos, tanto por la filosofía, como por la ciencia y la religión, encubre la jerarquía de poder y autoridad que encierra el orden conyugal tradicional y su peso estructural en la política y la economía. Este contexto no es un espacio de equipotencia, ni de reciprocidad, ni de igualdad, sino de dominio y jerarquía para las mujeres. Por tanto, no es cierto que con el Estado moderno triunfe el individualismo, el reconocimiento de la subjetividad para todos los seres humanos. Por consiguiente, las críticas y contenido vindicativo del feminismo no son ni redundantes, ni ilegítimas⁸.

Entiendo que se considere lo aquí propuesto como el retorno de los viejos discursos o relatos sin valor, máxime cuando todo está en un proceso profundo de transformación política. Pero son precisamente los cambios institucionales en curso los que están desvelando el valor de los viejos fundamentos, al estar siendo utilizados como guía para el cambio y como fundamento de los nuevos significados que se tratan de introducir en los términos políticos tradicionales⁹.

El cierre que se trata de imponer a la reflexión, al debate sobre las condiciones para una democracia de calidad, el rechazo a la democracia parita-
.....

8 "La construcción del derecho de los hombres blancos a ser ciudadanos cabezas de familia creó simultáneamente una "dependencia" única de las mujeres respecto de sus maridos. Así la ciudadanía civil contribuyó a crear la norma del salario familiar y cercenó los anteriores derechos sobre los recursos sociales basados en el parentesco. En la sociedad civil, la esfera masculina, las relaciones parecían estar organizadas a través del contrato; los recursos se intercambiaban por sus equivalentes exactos en transacciones discretas, monetarizadas, entre individuos egoístas independientes. En la esfera doméstica de la familia, por el contrario, los recursos más abundantes parecían ser los sentimientos, que quedaban totalmente fuera del circuito del intercambio." Esta distinción ideológica, no real, perturba una comprensión adecuada de la función social, política y económica que tiene la familia en democracia. (FRASER, N., GORDON, L., 1992, pp.74-75).

9 Según Bourdieu "el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por estructuras de dominación, que hacen posible la complicidad de las víctimas con los dominadores", sólo puede esperarse una transformación radical de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones, cuando los dominados puedan adoptar sobre los dominadores y sobre ellos mismos un punto de vista diferente, al que los dominadores establecen y definen sobre lo real o lo justo. La violencia simbólica se realiza a través del acto de conocimiento y de reconocimiento práctico, que se produce sin el conocimiento consciente y la voluntad del sujeto, lo que le confiere poder hipnótico. (BOURDIEU, 2000, pp.58-59).

ria como desarrollo del modelo democrático y al pensamiento alternativo, prueba que se desea un cambio institucional bajo control. La exigencia de un nuevo pacto social, como la que aquí se defiende, retorna al origen del poder, al fundamento mismo del Estado, un retorno necesario para que de las nuevas Constituciones surja un nuevo sujeto, un nuevo nosotros, esta vez sí, universal y sin estar marcado por el género.

El tercer modelo de ciudadanía.

A lo largo de la historia se han desarrollado dos modelos de ciudadanía, y si los cambios institucionales en curso continúan, posiblemente nos encontremos ante un tercer modelo. La democracia representativa de partidos ha centrado la conformación de la política y su desarrollo en el proceso y en la participación electoral, de ahí la centralidad de las listas electorales. Una de las consecuencias de la ruptura entre la economía y la política que ha generado la mundialización económica, ha sido el desbordamiento de la política y la pérdida de protagonismo del proceso electoral en la participación ciudadana. Este cambio hace posible distinguir entre una participación política institucional, formal, y otra, informal, a través de grupos y organizaciones. Este desdoblamiento de la política en cada uno de los núcleos de la estructura del poder, junto a un modelo social corporativo, dificulta el establecimiento de objetivos políticos comunes y a priori, y hace que cobre relevancia la política negociada. Una política que se entrecruza con el derecho en su afán de establecer las condiciones adecuadas para la negociación y el establecimiento de acuerdos razonables entre diferentes intereses privados.

Es así como sobre el sistema parlamentario se superpone un sistema de auto-representación de intereses sectoriales, intersectoriales, de especialistas, etc., que desbordan los límites de la política, pero no para desarrollarla o complejizarla, sino para despolitizarla y privatizarla. Esto explica el peso que en la política actual presenta el derecho y la moral. Lo que se pierde en el parlamento se pretende ganar en los tribunales de justicia; y la responsabilidad política desaparece para tener los dirigentes políticos sólo responsabilidad penal (Bustos Gisbert, R., 2007) La intromisión del derecho y de la moral desvirtúa la esencia de la Política y corrompe, en cierto modo, a la democracia. La esencia de la democracia es el reconocimiento y el respeto al adversario político, la protección del disidente, porque sin su existencia no hay alternancia y sin ella no existe democracia. Se ha sustituido la figura del adversario político por la de enemigo, al igual que se ha hecho en el Derecho penal y en



la Administración¹⁰. Un término bélico que es la antítesis de la racionalidad deliberativa que conforma a la política. ¿Qué efectos tienen estos cambios en la participación política de las mujeres y en qué medida afectan a su presencia o participación equilibrada en las instituciones?

La distinción en la Política entre un nivel institucional-formal y otro informal afecta directamente al significado de la ciudadanía, al favorecer la construcción de una pluralidad de formas o modos de participación y de representación política. La pluralidad de contextos y de sujetos que hacen política no mejora, en mi opinión, la participación y representación política de las mujeres, sin más. La descentralización del poder favorece a quienes cuentan con las condiciones estructurales para su ejercicio, no a quienes están en desventaja. Es más, la descentralización les obliga a quién está excluido del poder a tener que negociar en cada uno de los contextos y ante los diferentes sujetos, su derecho a estar y a participar. No tiene sentido construir diferentes estatus de ciudadanía y modos de participación, salvo que se pretenda con ello ofrecer a algunos grupos sociales una ciudadanía debilitarla¹¹. La jerarquización entre individuos, a través de la fragmentación de la ciudadanía, una ciudadanía política y una ciudadanía social, reforzaría, no eliminaría, los sistemas tradicionales de dominio, basados en presunciones y privilegios.

La participación y la representación política de las mujeres en democracia.

Comencemos recordando cuales son las exigencias para una representación de calidad, sabiendo que la participación política depende de la representación: recursos y oportunidades a disposición de toda la ciudadanía, armonización de la independencia con la receptividad de las preferencias, sensibilidad respecto a intereses múltiples, conexión entre compromisos y responsabilidad, congruencia en el ejercicio del poder, control prospectivo y retrospectivo y, por último, desarrollo de procesos de influencia ciudadana. (Vargas Machuca, R., 2007, p. 38)

El debate político sobre la participación y la representación política de las mujeres se ha centrado en el déficit democrático que la escasa partici-

.....
10 La Administración ha dejado de ser un recurso para la ciudadanía, para pasar a ser parte del sistema de vigilancia y control de la misma. Se observa con preocupación el incremento de la función fiscalizadora y sancionadora de la Administración.

11 Una ciudadanía que trataría de ocultar el retorno del súbdito.

pación de mujeres genera en los sistemas políticos democráticos. Lo que explica las soluciones adoptadas. Las demandas políticas de las mujeres se han interpretado como simples demandas de presencia y de poder en las instituciones, lo que convierte a la discriminación política contra las mujeres en un simple problema de número, de recuento. Si el problema fuera un problema numérico, se corregiría con la mera presencia. Pero la presencia y participación de mujeres en el nivel institucional del Estado¹², siendo muy importante como es, no es el objetivo último de las demandas políticas de las mujeres para poner fin a la discriminación, sino la democracia paritaria¹³. La democracia paritaria no se alcanza corrigiendo tan sólo la presencia y participación política de las mujeres en las instituciones, sino corrigiendo su exclusión como poder constituyente e integrándolas como parte del poder soberano. Por todo lo expuesto, concluyo que en la agenda política feminista debe ser una prioridad la conformación de un nuevo contrato social, del que nazca un nuevo nosotros y un nuevo modelo de Estado no patriarcal.

.....

12 El que la Declaración de Berlín haya introducido entre sus escasos contenidos: "Para nosotros, el ser humano es centro de todas las cosas; su dignidad es sagrada; sus derechos, inalienables. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos", no es suficiente.

13 Este tema ha sido desarrollado por mí más extensamente en RUBIO (2006a) y RUBIO (2006b).



BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN G. (1998): *Homo sacer. El poder soberano y la muda vida*, Valencia, Pre-textos.

AMORÓS, C. (1992): "Feminismo, Ilustración y misoginia romántica", en Birulés y otros/a: (1992): *Filosofía y Género. Identidades femeninas*, Pamplona, Pamiela.

AMORÓS, C. (2005): *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Madrid, Cátedra, colección Feminismos.

BARRÉRE, M. A. (2008): "El valor explicativo del género", próxima publicación en Tiran lo Blanch (Ponencia presentada en el Congreso sobre Género y Derecho, celebrado en la Universidad de Málaga, 2007)

BARRERÉ, M^a, A. (2003): "Ciudadanía europea e igualdad de género", en *Revista vasca de Administración pública*, núm. 66, mayo-agosto, pp. 47-66.

BAUMAN, Z. (2000): *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa.

BECK, U. (2003): *La Individualización: El Individualismo Institucionalizado y sus Consecuencias Sociales Y Políticas*, Barcelona, Paidós.

BOBBIO, N. (1991): "Il futuro Della democrazia", en *Il futuro de la democracia*, Torino, Einaudi, pp. 9-26.

BOURDIEU, P. (2000): *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama.

BUSTOS GISBERT, R. (2007): "Responsabilidad política y responsabilidad penal", *Jueces para la democracia*, nº 60, noviembre, pp. 56-69.

COBO, R. (2005): "Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres", en AMORÓS, C. y DE MIGUEL, A. (2005): *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Vol. 3, Madrid, Minerva Ediciones.

DAHRENDORF, R. (1996): *La cuadratura del círculo: bienestar económico, cohesión social y libertad política*, México, FCE.

DE SOUSA SANTOS, B. (2005): *El milenio huérfano, ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta.

DWORKIN R. (2006): "Diseño inteligente, juramento de lealtad y matrimonio homosexual", *Claves*, nº 167, noviembre 2006, pp. 4-9

FARIA, J.E. (2001): *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta.

FEMENÍAS, M.I. (2000): *Sobre sujeto y género. Lecturas feministas desde Beauvoir y Butler*, Argentina, Catálogos.

FERRAJOLI, L. (2001): "Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2005): "La crisis de la democracia en la era de la globalización", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pp. 37-52.

FERRAJOLI, L. (2006): *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, pp. 37-55.

FERRAJOLI, L. (2007): "Representación y responsabilidad política", *Jueces para la democracia*, nº 60, noviembre.

FISCHER, H. (1992): *Anatomía del amor*, Barcelona, Anagrama.

FISHER, H. (1987): *El contrato sexual*, Barcelona, Salvat.

FLAQUER LL. (2001): "El ocaso del patriarcado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, pp. 9-23.

FLORES D'ARCAIS, P. (2006): *El soberano y el disidente. La democracia tomada en serio*, Barcelona, Montesinos.

FRAISSE G. (1991): *La musa de la razón*, Madrid, Cátedra.

FRAISSE, G. (2004): *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Madrid, Cátedra.

FRASER, N. (2005): "Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado", *Derecho y justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 39, pp. 89-106.

FRASER, N. y GORDON, L. (1992): "Contrato versus caridad: consideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social", *Isegoría*, nº 6, noviembre, pp. 65-82.



GARZON VALDÉS, E. (2005): "Lo íntimo, lo privado y lo público", *Claves de Razón Prácticas*, nº. 137, pp. 39-66.

GREPPI, A. (2006): *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta.

GUERRA PALMERO M. J. (2001): *Teoría feminista contemporánea. Una aproximación desde la ética*, Madrid, Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid, Ed. Complutense.

LAFER, C. (2006): "Experiencia, acción y narrativa. Reflexiones sobre un curso de Hannah Arendt", *Revista de Occidente*, nº 305, octubre, pp. 78-98

MACKINNON, C. A. (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra.

MARTÍN-VIDA M. A. (2001): "El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, pp. 405-420.

MERCADO, P. (2005): "El proceso de globalización el Estado y el Derecho", en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía/Akal.

MILL, J.S. (2001): "La sujeción de las mujeres", en MILL, J.S. y MILL, H.T. (1858-2001): *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Madrid, Cátedra.

MURILLO, S. (2006): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid, Siglo XXI, 2ª edición.

OFFE, CL. (2004): "Conferencia inaugural", Seminario celebrado el 18 de octubre de 2004, en Bilbao, bajo el Título: *El modelo social europeo frente a la globalización. Una visión desde Euskadi, Eurobask*.

PATEMAN C. (1995): *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos.

RIBERA, J. A., (2005): *Menos utopía y más libertad*, Barcelona, Tusquets.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. Y RUBIO MARÍN, R. (2007): "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre, pp. 115-159.

RUBIO CASTRO, A. (2006a): "Avanzar en la igualdad desde la ciudadanía: un nuevo contrato social", *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer (Colección Clara Campoamor).

RUBIO CASTRO, A. (2006b): "La representación política de las mujeres: del voto a la democracia paritaria", en *10 años de historia 1996-2006*, Huelva, Seminario Latinoamericano-Mujer Andaluza.

RUBIO CASTRO, A. (2007): "La participación política de las mujeres y la democracia paritaria", en *Los derechos Humanos de las Mujeres*, Cursos de derechos humanos Donostia-San Sebastián. Bilbao, Universidad del País Vasco.

SARTORI, G., (1988): *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*, Madrid, Alianza Universidad.

SHAPIRO, I. (2005): *El estado de la teoría democrática*, Barcelona, Bellaterra.

SHIMAZU, I. (2005): "Decisiones individuales y colectivas: el concepto de derecho y el cambio social", *Derecho y justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 39.

VARGAS-MACHUCA, R. (2006): "La calidad de la democracia", *Claves*, 2006, nº 165.

YOUNG, I.M. (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.



LÍNEA HISTÓRICA DISCURSIVA SOBRE TRABAJO Y GÉNERO: IMPLICACIONES LEGISLATIVAS

Sonia Ruiz García

*Directora del Plan de Igualdad del
Área de Igualdad y Ciudadanía de la
Diputación de Barcelona*

La línea histórica discursiva (LHD) sobre trabajo y género es una parte del marco conceptual de la tesis en proceso de elaboración en la que una de las preguntas principales es cómo y en qué medida los discursos del movimiento feminista y de mujeres sobre trabajo han contribuido a socavar o se han alineado con los discursos hegemónicos. El ámbito de estudio es el Estado español y el periodo temporal central es entre 1995 y la actualidad. La LHD plantea una evolución histórica sobre trabajo y género a partir de los debates de diferentes actores relevantes (sindicatos, partidos de clase, patronal, Estado y movimiento feminista y de mujeres) y dinámicas claves, desde el inicio de la legislación laboral en España hasta la actualidad.

Algunas de las herramientas metodológicas utilizadas provienen de las líneas históricas sobre políticas de género en España y Europa elaboradas por el equipo Mageeq (Bustelo y Lombardo, 2007). Allí se presentan los problemas desde una dimensión privada y pública, se estudia la interseccionalidad¹ del género con otros ejes de desigualdad, y se adopta la perspectiva de Carol Lee Bacchi (2001) en la que establece un 'diagnóstico y un pronóstico' de los problemas políticos, lo que resulta muy útil para estructurar los debates dominantes sobre trabajo y género en cada periodo del análisis. De Myra Marx Ferrée se toma la idea de la estructura de oportunidad discursiva (EOD), definida como "forma de pensamiento anclada en lo institucional que proporciona aceptabilidad política a paquetes estructurados de ideas (Marx Ferrée, 2003; Koopmans and Olzack, 2002, en Marx Ferrée, 2003)": La EOD es conveniente para establecer los debates hegemónicos en cada periodo de estudio. La EOD debe entenderse como parte de la más general estructura de oportunidad política

.....
1 Este punto se trabaja desde la propuesta de 'interseccionalidad dinámica' de Myra Marx Ferrée (2008) que pone el énfasis en la construcción y transformación de procesos y de contextos cambiantes. En esta comunicación no hay espacio para entrar en los elementos de interseccionalidad, una de las cuestiones más interesantes de la LHD. A grandes rasgos cabe señalar que durante el siglo XX los ejes que han ido interseccionando con el género en el tema del trabajo, generando a su vez, nuevos márgenes de discriminación han sido: la clase, la ideología, la edad y la cuestión del origen (dentro y fuera del territorio español).

(EOP), que a su vez puede definirse como “el grado en el que es probable que los grupos sean capaces de acceder al poder y manipular el sistema político (Eisinger, 1973, en McAdam (1998:89-105)”. La EOP ha ayudado a enunciar elementos complementarios que muestran el contexto en el que se insertan los discursos.²

A pesar de las diferentes dinámicas estudiadas, esta comunicación se centra en las políticas del Estado y su relación con los discursos del movimiento de mujeres y feminista. En la LHD se sugiere una clasificación de la legislación y de las medidas sobre trabajo y género de los gobiernos centrales desdobladas en cinco categorías: proteccionista; prohibicionistas o de discriminación directa; moralistas o de discriminación indirecta; proteccionistas; de igualdad de género y de ‘no trabajo’. Esta delimitación resulta útil para ser utilizada a lo largo de todo un siglo y para analizar la legislación laboral y de género en cada periodo. Estas categorías, no se encuentran exentas de controversia ni aún un consenso en la literatura politológica e historiográfica y en esta comunicación se pretende polemizarlas y poder enriquecerlas. Se busca una catalogación que pueda abarcar un siglo de legislación laboral segregada.

Así, se define a las *proteccionistas* como todo aquel discurso o práctica que implique una protección de las mujeres por sus características y diferencias biológicas, que genera un derecho laboral específico y no encubre una discriminación. La línea entre protección y legislación moralizadora es fina pero existe.³ Las *moralizadoras* o de *discriminación indirecta* son aquellas que se sustentan en creencias biologicistas o morales de inferioridad de las mujeres y abogan, por tanto, por la protección o la prohibición; son medidas muy vinculadas al imaginario colectivo patriarcal utilizadas para reducir la participación de las mujeres en el mercado laboral o confinarlas a ciertos empleos; asimismo se caracterizan por presentar desigualdades cualitativas (Torns,

.....
2 En este sentido se ha señalado el alineamiento de las diferentes elites en relación con el género y los trabajos (amplificación, resonancia u otros elementos de los marcos de los actores respecto a los dominantes (Snow y Benford, 2000; Marx Ferrée, 2003); se han tratado los sistemas de alianzas entre los productores de discursos, y las posibles conexiones o desuniones con el tiempo mundial, es decir, las coincidencias o desajustes con la coyuntura internacional (Ibarra, Gomà, Martí, 2002:33) de los discursos hegemónicos y de otros agentes sociales.

3 “Los reformadores, a quienes repugnaba interferir la libertad individual de los ciudadanos varones, no experimentaban ninguna dificultad al respecto cuando se trataba de mujeres y niños. Puesto que no eran ciudadanos y no tenían acceso al poder político, se los consideraba vulnerables y dependientes y, en consecuencia, con necesidad de protección (Scott, 1993:454)”



2007).⁴ La diferencia con las *prohícionistas* es que éstas últimas no buscan, de forma clara, amparo moral o biologicista alguno, son discriminaciones sin tapujos. Por tanto, para el sostenimiento de estas categorías en el tiempo, a partir del Franquismo, las dos medidas anteriores son denominadas como de discriminación indirecta y directa tal y como quedan recogidas en la Ley Orgánica 7/2007.⁵ Las medidas de *igualdad de género* son las que buscan terminar con la desigualdad, ya sea en el mercado laboral o bien en el trabajo reproductivo. Mientras que, por último, la categoría de '*no – trabajo*' se entiende tan sólo en la misma lógica androcéntrica en la que se genera y representa todas las medidas o discursos que ocultan el trabajo de las mujeres en el ámbito laboral y en el ámbito reproductivo. Es el punto de interrelación de ambas esferas, desde los márgenes de la invisibilidad.

Cinco son las principales conclusiones que pueden extraerse de esta LHD. En primer lugar el visibilizar cómo se ha establecido, reforzado y mantenido la división sexual del trabajo en España. En segundo término, la posibilidad de mostrar las estrategias de exclusión y marginación de cualquier modelo de trabajo vinculado a lo reproductivo y al ámbito privado. Importante ha sido también constatar el paso de un sistema de salario familiar a la adopción de un modelo en el que dos sueldos son necesarios en los hogares 'convencionales', siempre con el sostenimiento de los privilegios masculinos y la creciente precariedad femenina. Y dos cuestiones finales fundamentales, por un lado el hecho de hablar de 'la integración de las mujeres en el mercado laboral' a partir – en el caso español – de finales de los años 70, resulta como mínimo inexacto. Una parte importante de las mujeres siempre ha estado en el mercado laboral, aunque haya existido una estrategia activa de invisibilización o de difamación de su presencia. Y por último, la unión discursiva en el tema del género y el trabajo por parte del movimiento feminista y de mujeres se ha dado en breves periodos temporales, siendo la interseccionalidad de clase, de ideología, de edad o de origen fuente de controversias y disgregación.

.....
4 Carmen de Burgos decía en 1927: "Sobre todo, que no continúe la hipocresía de proteger a la mujer en los trabajos que pueden hacer competencia al hombre y darles libertad en todos los demás, por peligrosos que sean".

5 El artículo 6 de la Ley : "Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable". El punto 2 dice que "se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas de otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados" (Ley Orgánica, 7/2007).

De finales del siglo XIX al final de la Dictadura de Primo de Rivera: de los inicios de la legislación laboral segregada⁶ a la regulación del trabajo a domicilio.

En los primeros pasos de la legislación laboral española abundarán las medidas *prohibicionistas* hacia el trabajo remunerado de las mujeres (trabajo en minas, 1887; trabajo dominical y festivos para 'las fuerzas medias', 1900; exclusión de niño/as y mujeres menores de 23 años de algunos sectores por salubridad, 1908 (sectores ampliados durante la Dictadura de Primo de Rivera); según la Ley de bases de funcionarios públicos las mujeres sólo pueden ser auxiliares...). La medida más controvertida del periodo es la de 1914 de prohibición del trabajo nocturno femenino -por cupos-. En lo que respecta a las *moralistas* o de discriminación indirecta pueden detallarse algunas medidas tales como la exigencia de un certificado de salubridad para las fuerzas medias (1900) o la reducción de la jornada laboral femenina a 11 horas diarias (1902). El origen de la legislación laboral también conllevará la aparición de medidas *proteccionistas* sobre el trabajo de las mujeres. Éstas estarán vinculadas de forma especial a la maternidad (3 a 4 semanas de descanso maternal tras el parto, con reserva del puesto de trabajo, 1900), pero tendrán tintes prohibicionistas pues no conllevarán percepción económica alguna. El subsidio de maternidad se instaura en 1929, a través de cuotas estatales, patronales y de las trabajadoras – lo que generará una fuerte conflictividad social por parte de sectores de obreras-. Entre otras medidas proteccionistas dedicadas a la mujer se encuentra también la conocida como Ley de la Silla para el comercio y la industria (1912). Y respecto al *no-trabajo*, destacará la autorización marital para firmar contratos de trabajo, aprendizaje y ejercer el comercio, así como para usufructar el salario por parte de las mujeres (1885, 1889, 1926) – a excepción de en Catalunya. Medida que se mantendrá en el tiempo hasta finales del franquismo con un breve periodo de supresión en la guerra civil. Uno de los elementos que surgirá también a la hora de crearse la legislación laboral y las estadísticas modernas será el enmascaramiento sostenido en el tiempo de las cifras de mujeres activas. Aparece el subregistro del trabajo remunerado femenino con una manipulación sistemática de las estadísticas oficiales (Ramos, 1987; Capel, 1999:31; Borderías, 2003). Asimismo, este periodo también se corresponde con el inicio de la 'moderna' invisibilización del trabajo doméstico – que realizan ma-

6 La legislación laboral segregada es un término utilizado por Gloria Nielfa en su artículo: Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral (2003)



yoritariamente las mujeres en los hogares-. Borderías (2001) ha calculado que entre el 33-53% del gasto familiar obrero a mediados del siglo XIX se correspondía con el trabajo gratuito elaborado por las mujeres, tomado en cuenta por Cerdà (1867) como: 'suponiendo que ese trabajo lo hace la mujer', en su "Monografía estadística de la clase obrera de Barcelona".

La Dictadura de Primo de Rivera se ha estudiado como un periodo aparte, destacando las discusiones que se dieron entorno a la regulación del trabajo a domicilio (TaD). Las elites políticas se encontrarán ante una pregunta fundamental: ¿Debe el estado intervenir en el hogar o debe suprimirse el TaD?; la patronal desea mantener el TaD ya que abarata costes, ahorra materias primas, reduce la conflictividad laboral por atomización, no responde a horarios y les resta responsabilidades (Martínez Veiga, 1995); mientras que las obreras domiciliarias, con voz silenciada en los debates públicos, tienen una única solicitud: no ser asimiladas a las trabajadoras del servicio doméstico. Y será esto lo que finalmente sucederá. El reconocimiento del TaD como trabajo no implicará un cambio de la estructura entre lo público y lo privado, es más, ahondará en la valorización jerarquizada de los espacios. Se mantiene la división sexual del trabajo y la espacial asimilando el TaD al servicio doméstico. Es paradójico que la elevación 'moral' del hogar que se propugna conlleve la devaluación de todo trabajo que se realice en el hogar. Así, durante ese periodo se excluirá a las trabajadoras domésticas del subsidio de maternidad y de los jurados mixtos (Nielfa, 2006). A pesar del establecimiento de retribuciones mínimas iguales entre mujeres y hombres en el TaD, estas disposiciones serán violadas con una altísima regularidad (Valiente, 1997).

Es importante afirmar que tanto los movimientos de clase de la época como parte de las y los analistas de la actualidad han invisibilizado al movimiento de mujeres de estas fechas. Es corriente (Scanlon, 1990; Valiente, 1997) afirmar que el movimiento feminista de mujeres no surgirá en España hasta la emergencia de las organizaciones feministas liberales o corporativistas del tercer decenio del siglo XX. Me refiero a organizaciones tales como la ANME (Asociación Nacional de Mujeres de España), otras vinculadas a la Universidad, la medicina o publicaciones que aparecerán en ese momento. Hay que señalar que existe un movimiento de mujeres obreras – vinculado, en ocasiones, a ideas libertarias y anarquistas – que se inicia a finales del siglo XIX y que tendrá una relevancia que no debe ser desdeñada. A pesar de que las huelgas masivas femeninas en la industria comenzarán a tener importancia a partir del años 1905 (Ramos, 1987)⁷,

.....
7 De 1905 a 1916 habrá más de 500 huelgas femeninas en territorio español (Ramos, 1987)

habrá ejemplos anteriores de un enorme vigor, como las movilizaciones de 1881 en Igualada (Ruiz, 2007; Nielfa, 2006), donde se demandarán mejoras salariales, establecimientos de jornadas máximas para ambos sexos o rechazo al control sindical masculino. El hecho de que la acción colectiva femenina durante esos años diste mucho de la especificidad de la masculina (se organizan comedores colectivos, boicots a mercados, fondos de socorro mutuo femenino...) podría ser un factor de ninguneo por parte de sus compañeros de clase. Por otro lado, encontramos la acción colectiva de mujeres burguesas generalmente católicas. En este grupo, que comienza a gestarse a partir de los primeros años del siglo XX, podemos agrupar a las organizaciones que se establecen en Valencia, Madrid, Catalunya y otros puntos del territorio español como el *Patronat d'Obreres de l'Agulla*, la *Federació Sindical d'Obreres* o el Sindicato Obrero Femenino. Éstas eran estructuras lideradas por mujeres conservadoras quienes, conscientes, tanto de la mala situación laboral de las obreras – sobre todo de las domiciliarias –, como del avance obrero y el laicismo, crearon organizaciones de defensa salarial, educativas y asistencialistas, fuera del control masculino.

El discurso dominante, por tanto que encontramos en este periodo presenta el diagnóstico siguiente: la presencia femenina fuera del hogar no está bien vista; las mujeres son consideradas objetos que requieren de protección (Scott, 1993) y se ensalza la naturaleza sumisa de las mujeres, así como sus capacidades reproductivas y de cuidado. El pronóstico de la época está en total consonancia y armonía con el diagnóstico, lo que lo convierte en unos términos de debate hegemónicos potentes, sustentados por actores muy divergentes: el trabajo de las mujeres fuera del hogar debe limitarse, prohibirse o invisibilizarse; el papel de las mujeres está en el hogar, bajo la autoridad y el sostén económico masculino; se refuerza la división sexual del trabajo: salario familiar, ejército de reserva y segmentación laboral.

La II República española y la Guerra Civil (1931 – 1939).

La II República española es un periodo en el que se mantienen o aumentan las *prohibiciones* de las mujeres en el trabajo remunerado. No hubo ley alguna que terminara con las discriminaciones salariales, de hecho éstas serán sancionadas por ley (Bases del Trabajo) y se encontrarán incluso en las empresas colectivizadas (Nash, 1989). Se prohibirá a las mujeres luchar en el frente republicano y serán relegadas a las tareas de retaguardia. El servicio doméstico será objeto de contrato laboral (1931), pero quedará excluido de la jornada máxima, los Jurados Mixtos, el subsidio de paro, la



normativa de accidentes de trabajo, el descanso dominical y el retiro obrero, para una población que representaba el 31% de las mujeres activas (Capel, 1999). Estas prohibiciones o discriminaciones directas entroncan con todas las medidas que hacen referencia al *no – trabajo*. Así, la autorización marital será derogada tan sólo en 1937 (1934 en Catalunya). Se mantendrá el enmascaramiento estadístico, ya que por ejemplo, se dice que existe tan sólo un 12,65% de mujeres activas, aunque las peticiones de seguros maternales exceden con creces este porcentaje. Y la temporalidad del trabajo remunerado femenino hará que las mujeres tengan grandes dificultades para acceder al subsidio de paro (según la UGT, en Núñez Pérez, 1989). Las medidas *proteccionistas* encontrarán la oposición obrera femenina en forma de huelgas y campañas contra el seguro maternal y la aportación que ellas debían realizar. Además es un seguro de acceso limitado por la necesidad de una cotización de tres años.

Por su parte, el movimiento de mujeres tendrá una relevancia creciente. Las mujeres aparecerán con fuerza en la esfera pública. Las feministas ‘liberales’ denunciarán la legislación civil discriminatoria y la doble moral proteccionista. Este diagnóstico será compartido por las mujeres obreras, no obstante, diferirán de nuevo en el pronóstico. Mientras que las primeras tienen solicitudes algo ‘descafeinadas’ o desarmonizadas con su diagnóstico⁸ – tal y como se verá que le sucede al *master frame* del periodo -, las obreras trabajarán por la sindicación propia creando sus estructuras no mixtas, irán integrándose en los sindicatos de clase, o realizando campañas sin apoyo sindical como la que llevarán a cabo contra el seguro maternal y la cuota obligatoria. Aquellas organizaciones de mujeres conservadoras y católicas que buscaban ‘proteger’ a las obreras van a sufrir una transformación importante en su diagnóstico, pues con la polarización ideológica cambiarán su discurso abogando por la vuelta de las mujeres al hogar. A la vez, a partir de 1936 van a aparecer las asociaciones falangistas femeninas, que impondrán sus ideas en los años futuros.

El debate dominante de la II República española en lo que se refiere a trabajo y género será tan desarmónico como en otras cuestiones políticas se ha puesto ya de manifiesto. El desequilibrio entre diagnóstico y pronóstico hará que pierda efectividad. Mientras que por un lado queda sancio-

.....
8 La ANME se mostrará a favor de restringir el trabajo en el mercado de las solteras, si también se reducía el de los solteros (1935). La revista *Cultura Integral Femenina* abogará por las limitaciones al trabajo remunerado de las mujeres siempre y cuando estuvieran casadas y el marido ganara lo suficiente (Núñez, 1999).

nado el principio de igualdad ante la ley entre mujeres y hombres en la Constitución de 1931 (art.40) y la presencia femenina en la esfera pública se tolera, habrá únicamente tímidas actuaciones por la igualdad de género en el empleo, se mantendrá la invisibilización, prohibición y segmentación de las mujeres en el trabajo y se reforzará la división sexual de éste, sosteniéndose los privilegios masculinos.

El franquismo (1939 - 1975).

La dictadura franquista será un periodo sombrío y lúgubre para las mujeres. La vuelta a las *prohibiciones y discriminaciones directas* en el mercado laboral será la tónica, con la reinstauración de la licencia marital y la administración de bienes en régimen de gananciales (hasta 1975 y 1981); la obligatoriedad de abandonar el puesto de trabajo al casarse las mujeres (hasta 1961)⁹ o la sanción legal de las discriminaciones salariales por sexo (hasta 1961, aunque se mantenga más allá en varios sectores). Las medidas moralistas y proteccionistas estarán guiadas por la posibilidad – en el régimen es la única esencia – de las mujeres de ser madres, incluida la Ley de derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer de 1961. Y las medidas o acciones relativas al ‘no – trabajo’ serán las que se lleven la palma. Así se continua con el enmascaramiento estadístico de las cifras de mujeres activas (Durán, 1972) y aparecerá una nueva forma de explotación del trabajo de las mujeres por parte del Estado a través del Servicio Social de la Mujer.

El movimiento de mujeres durante el franquismo ha sido analizado sobre todo a partir de 1965, donde ya se perfilan tres grupos diferenciados de asociacionismo femenino. Por un lado se encuentra el movimiento de mujeres franquistas, liderado por la Sección Femenina. El diagnóstico principal que realizan estas mujeres sobre trabajo y género es que el trabajo esencial de las mujeres es el de ser madres. A partir de aquí, es interesante, no obstante, analizar sus demandas, por ejemplo, aquellas que aparecen en el Congreso Internacional de la Mujer que tuvo lugar en 1970. Así se solicita: “salario para el trabajo doméstico para las trabajadoras con hijos para que no se ausenten del hogar”; “incrementar las guarderías para cuando sea inexcusable o conveniente ausentare del hogar”; “fomentar el trabajo de artesanía dentro del hogar” o “la reducción de la jornada laboral de

.....
9 En 1961 se instaura una ‘dote’ por la que, si bien ya no es obligatorio abandonar el puesto de trabajo al contraer matrimonio, las trabajadoras pueden acogerse a una excedencia temporal o bien abandonar el empleo con una indemnización.



las mujeres" (Durán, 1972). Estas mujeres compartirán parte del pronóstico con el incipiente movimiento feminista que se gesta a partir de inicios de los 60. En una carta que se envía al gobierno franquista en 1967 "Por los derechos de la Mujer Española" se solicita: "creación de una extensa red de guarderías y escuelas 'mediopensionistas'; "creación de cantinas en las empresas"; "que la mujer gestante ni pueda ser despedida ni se empleen contra ella medios coactivos (Di Febo, 1979)". Existen coincidencias con las falangistas en el diagnóstico, pero las demandas del movimiento feminista vendrán a reforzar la lucha que estaban iniciando las mujeres obreras y aquellas que trabajaban desde los barrios. A pesar de que hay constancia de huelgas femeninas ya a finales de los años cuarenta (Nielfa, 2006), será sobre todo a partir de mediados de los sesenta cuando proliferarán las luchas de las mujeres por mejoras en sus condiciones laborales (salarios, exigencia de contratos...) y denunciando situaciones de violencia en los puestos de trabajo. Esa reivindicación laboral se tornará en conciencia de género de forma progresiva. De igual forma sucederá con las mujeres que inician su movilización social bajo la bandera de las mejoras en sus barrios. Así, a partir de mediados de los 60 el discurso y la acción colectiva de las feministas y de las obreras se entrelazará: habrá infiltraciones en las organizaciones autorizadas por el régimen (Asociación de Mujeres Universitarias y Asociación de Amas de Casa), comenzará una doble militancia en asociaciones de mujeres, en sindicatos 'de clase', en partidos políticos... La lucha por la situación holística de las mujeres será común, como lo atestigua la revista "La mujer y la lucha" elaborada por el Movimiento Democrático de Mujeres y distribuida en los barrios con la participación de la Asociación de Amas de Casa (di Febo, 1979).

El debate dominante sobre trabajo y género del Franquismo será férreo y difícil de subvertir, sobre todo hasta mediados de los años sesenta. Se caracteriza por una armonía plena entre diagnóstico y pronóstico donde el único espacio válido para las mujeres es el hogar. En 1945 Pilar Primo de Rivera dirá ante las Cortes Generales del régimen: "Comienza la más ardua tarea, la de la formación total de las mujeres (...) Esta educación que será completa, queremos dirigirla principalmente hacia la formación de la mujer como madre". Años más tarde, con la aprobación de la Ley de los derechos de la mujer, en 1961, afirmará: "Que la mujer empujada al trabajo por necesidad lo haga en las mejores condiciones posibles; de ahí que la ley en vez de ser feminista, sea el apoyo que los varones otorgan a la mujer como vaso más flaco para facilitar la vida". Esto genera un pronóstico claro en el que se "liberta a la mujer del taller y la fábrica (Fuero del Trabajo, 1938)"; se refuerza la división sexual del trabajo, la autoridad masculina y

el sostén económico del varón; se desincentiva el trabajo de las mujeres fuera del hogar; se enmascaran las estadísticas y se explota a las mujeres a partir del trabajo que de forma gratuita tienen que realizar para el Estado.

Los primeros años democráticos (hasta 1985).

Durante este primer decenio 'democrático' comienza un tímido camino hacia la igualdad de género en el trabajo remunerado. Se mantendrán las prohibiciones al trabajo femenino nocturno (hasta 1983) y se excluirá el trabajo doméstico del Estatuto de los Trabajadores (1981, 1985). Si bien las discriminaciones directas al empleo femenino desaparecerán de forma progresiva, aumentará la discriminación indirecta muy vinculada a ámbitos del 'no - trabajo'. Y será el momento en el que se 'reinserte legalmente' a las mujeres en el mercado laboral, no exentas de discriminaciones de partida. Entre las primeras estarán las diferencias horarias entre jornadas laborales y las contractuales. Mientras que los hombres tienen una jornada laboral de 44 horas semanales, las mujeres en 1977 (Alba, 2000:80, cita la EPA) parten ya de una jornada laboral media de 41 horas semanales. La eventualidad femenina se va a ver incrementada a partir de la reforma laboral de 1984 - la que instaura la flexibilidad y la precariedad del mercado laboral español-. En el preámbulo de la Ley 32/1984 se indica que la jornada a tiempo parcial: "permite simultanear la actividad laboral con otras actividades domésticas", en un claro guiño a las mujeres. Cabe recordar que la ley Básica de Empleo de 1980 incorporará acciones positivas en el empleo para mujeres "con responsabilidades familiares". No obstante, las medidas proteccionistas serán más igualitarias (excedencias por maternidad o paternidad, 1981) que en épocas pasadas y por fin se va a recoger en el Estatuto de los trabajadores la igualdad salarial, aún a pesar de no indicar el 'trabajo de igual valor'.

Los primeros años democráticos mostrarán la unión y el crecimiento conjunto del movimiento feminista y de mujeres. Una de las conclusiones principales que puede desmembrarse de este periodo es que, a pesar de todas las complicaciones que conllevará en el futuro, a 30 años vista, se puede afirmar que la doble y triple militancia tuvo un impacto positivo para el tema del trabajo y el género, pues estas 'hiper-militantes' eran agentes de 'interseccionalidad'. Hasta inicios de los ochenta existió una acción colectiva y un análisis conjunto entre las mujeres sindicalistas y obreras, aquellas que hacían trabajo en sus barrios, las feministas e incluso las primeras representantes del feminismo institucional. Así se constata



en los encuentros de mujeres que hubo, en las movilizaciones y manifestaciones y en documentos elaborados por diferentes colectivos.¹⁰ El diagnóstico de las mujeres sobre el género y trabajo se puede simplificar en dos consignas: 'el sistema económico tiene nombre: se llama capitalismo y explota a la mujer'¹¹ y a su vez, el espacio doméstico es 'patriarcal, represivo y autoritario' (Jornades, 1996). Su pronóstico conllevaba una serie importante de demandas que podrían clasificarse, a grandes rasgos, en solicitudes por la igualdad de género en el ámbito laboral (se pedirá la abolición de toda discriminación por razón de sexo, estado civil y maternidad (75) y en planteamientos que van más allá del trabajo remunerado. Se inician las demandas por cuestiones de no – trabajo: reconocimiento de los derechos sindicales y de la seguridad social de las trabajadoras del hogar (76); socialización del trabajo doméstico (76); desaparición del trabajo domiciliario (76); oposición al trabajo a tiempo parcial (81); revisión de ritmos, métodos y categorías laborales (76, 77); participación de las trabajadoras en las decisiones de la empresa (76, 77); aumentos salariales y fin de los despidos (76, 77); boicot a los productos y huelgas femeninas masivas (74 – 83); recursos judiciales contra las discriminaciones de género (83).

El debate dominante de este primer decenio 'democrático' puede resumirse en un diagnóstico donde la aparición de las mujeres, su irrupción en la esfera pública es una realidad. Se sanciona el principio de igualdad ante la Ley en la Constitución de 1979 y en el trabajo remunerado a través del Estatuto de los Trabajadores (81). A su vez, se diagnostica que son las mujeres las que tienen las responsabilidades familiares. Por su parte el pronóstico será el de mantener algunas prohibiciones al trabajo remunerado de las mujeres hasta mitad del periodo de análisis. La división sexual del trabajo se sostiene, la igualdad salarial será parcial aunque se prohíban ya por ley las discriminaciones de sexo en el mercado laboral. La invisibilización del trabajo de las mujeres y los privilegios masculinos se mantienen a partir de nuevas discriminaciones y se inicia el feminismo institucional.

.....
 10 "Mujeres representantes de las cinco centrales sindicales de ámbito estatal del momento (CCOO, UGT, USO, SU y CSUT) elaboraron una propuesta unitaria de puntos de especial importancia para las trabajadoras, que debía recoger el Estatuto de los Trabajadores. El documento fue apoyado por la Plataforma de Organizaciones Feministas de Madrid y otros grupos de diversas localidades. La Subdirección de la Mujer del Ministerio de Cultura, aunque no ratificó el documento, ofreció apoyo para su presentación a las instituciones (San José, 1987:114)".

11 Que se escuchaba en las 1es Jornades Catalanes de la Dona de 1976 (Pàmies, 1976)

Los últimos años del siglo XX: establecimiento de un nuevo mercado laboral y la precariedad como norma.

Los últimos años del siglo XX los cambios exógenos -sociales, demográficos, culturales- y los endógenos - regulaciones laborales y políticas económicas -configuran un nuevo mercado laboral que conlleva la aparición de nuevos problemas de género y pondrá de manifiesto la continuada ocultación de las diversas formas de trabajo femenino y el establecimiento de un modelo laboral femenino en el que destaca la precariedad. Durante este periodo, la tasa de paro de la población femenina será casi el doble de la de los hombres y el primer concepto de 'inactividad' femenina - según la EPA - será la categoría de 'labores del hogar'; estos dos hechos muestran que la población femenina continúa siendo tratada como ejército de reserva (Carrasco y Mayordomo, 1999). Y las que están en el mercado laboral, en 2001 sufren una temporalidad del 34%, más del doble de la media europea. Una de las máximas precariedades contractuales, el contrato temporal a tiempo parcial, tiene una representación femenina del 61,46% en 1999. Ese mismo año CCOO afirmaba que el 78% del total de personas trabajadoras a tiempo parcial eran mujeres (CCOO, 2001). La interseccionalidad del género con la edad (las más jóvenes, pero también las más mayores), así como con el origen (la inmigración extracomunitaria en España aumentará a pasos agigantados y mayoritariamente van a ocuparse en el servicio doméstico) desarrollará nuevas relaciones entre las mujeres que todavía en la actualidad el movimiento feminista tiene pendiente terminar de imbricar en sus reivindicaciones.

El impacto de las reformas laborales reconfigura el mercado laboral, a la par que se consolida la institucionalización de las políticas de género en el Estado español. Varios acontecimientos internacionales serán fundamentales en este proceso: la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986 - con la consiguiente transposición de la normativa comunitaria y especialmente de las directivas de empleo y seguridad social de los años 70 - , la IV Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing de las NNUU (1995) y el Tratado de Amsterdam (1997) que vendrán a legitimar nuevos instrumentos para el avance de las mujeres y de las políticas de género.

Estos cambios institucionales y laborales suceden en un momento en el que el movimiento feminista se encuentra rehaciéndose del desmembramiento de la crisis de inicios de los 80, buscando su espacio en relación con la emergencia del feminismo institucional y siempre planteando al-



ternativas y visiones contrapuestas a las dominantes sobre género y trabajo. Será el momento álgido del asociacionismo de mujeres, la diversificación y la pluralidad de organizaciones, que vendrá de la mano de la atonía, de la desaparición de las coordinadoras y de la pérdida de peso de los objetivos político – feministas en las organizaciones. Serán las Jornadas Feministas del año 2000 celebradas en Córdoba las que servirán para reconducir al movimiento, pero eso será ya en el nuevo siglo. Desde mediados de los noventa las redes feministas se alzarán como instrumento de unificación estratégica y discursiva. El debate sobre el trabajo en el movimiento de mujeres y feminista va a ser objeto de las tensiones que padecen los movimientos sociales en general respecto a muchos temas: entre las reivindicaciones de reconocimiento – del trabajo doméstico y cuidados – y aquellas de redistribución – la precariedad en el mercado laboral y como estado vital-



BIBLIOGRAFÍA

ALBA, A. (2000): *La riqueza de las familias. Mujer y mercado de trabajo en la España democrática*, Ariel Sociedad.

ASSOCIACIÓ DE DONES PER A LA CELEBRACIÓ DELS 20 ANYS DE LES PRIMERS JORNADES CATALANES DE LA DONA (1996) 20 ANYS DE FEMINISME A CATALUNYA. Jornades: 24, 25 i 26 de maig de 1996, Barcelona

BACCHI, C. L. (1999): *Women, policy and politics. The construction of policy problems*, Sage Publications, London.

BORDERÍAS, C. (2003): "La transición de la actividad femenina en el mercado de trabajo barcelonés (1856-1930). Teoría social y realidad histórica en el sistema estadístico moderno", en SARASÚA, C. y GÁLVEZ, L. (ed), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*, Alicante, Universidad de Alicante, Servicio de Publicaciones, pp. 241-273.

BORDERÍAS, C. (2001): "Suponiendo que ese trabajo lo hace la mujer. Organización y valoración de los tiempos de trabajo en la Barcelona de mediados del XIX", en Carrasco, Cristina (ed) *Tiempos, trabajos y género*, Barcelona, Universitat de Barcelona, pp. 103-128.

BUSTELO, M. y LOMBARDO, E. (2007): *Políticas de igualdad en España y en Europa. Afinando la Mirada*, Ediciones Cátedra. Instituto de la Mujer. Universidad de Valencia.

CAPEL, R. M. (1999): *Mujer y trabajo en el siglo XX*, Cuadernos de Historia, Arcos Libros, Madrid.

COBO, J. (1996), "La mujer trabajadora en la II República", en *Marxismo Hoy*, nº3, Fundación Federico Engels.

DI FEBO, G. (1979), *Resistencia y movimiento de mujeres en España 1936 – 1976*, Icaria.

DURÁN, M. Á. (1972): *El trabajo de la mujer en España. Un estudio sociológico*, Colección de Ciencias Sociales. Serie de Sociología, Editorial Tecnos, Madrid.

JORNADAS 'FEMINISMO...ES Y SERÁ' (2001): Universidad de Córdoba, Servicio de publicaciones.



MARTÍNEZ VEIGA, U. (1995): *Mujer, trabajo y domicilio: los orígenes de la discriminación*, Icaria.

MARX FERRÉE, M. (2009): "Inequality, intersectionality and the politics of discourse: Framing feminist alliances" en LOMBARDO, E., MEIER, P., VERLOO, M. (Edit): *The Discursive Politics of Gender Equality. Stretching, Bending and Policy-Making*, Routledge.

MARX FERRÉE, M. (2003): "Resonance and radicalism. Feminist framing in the abortion debates of the United States and Germany", *AJS* Volume 109, number 2.

MCADAM, D. (1998): "Orígenes conceptuales, problemas actuales y direcciones futuras" en IBARRA, P. y TEJERINA, B., *Los movimientos sociales*, Trota, Madrid. Pp. 89-110.

NASH, M. (1993): "Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del siglo XIX", en DUBY, G. y PERROT, M. (dir), *Historia de las Mujeres*, Vol. 4, Taurus, pp. 612-623.

NASH, M. (1981): *Mujer y movimiento obrero en España*, Fontamara, Barcelona.

NELKEN, M. (1919): *La condición social de la mujer en España. Su estado actual: su posible desarrollo*, Biblioteca de Cultura Moderna y Contemporánea, editorial Minerva, Madrid.

NIELFA, G. (2003): "Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral" en SARASÚA, C. y GÁLVEZ, L. (ed), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*, Alicante, Universidad de Alicante, Servicio de Publicaciones, pp. 40-53.

NIELFA, G. (2006), "La regulación del trabajo femenino. Estado y sindicatos", en MORANT, I. (dir), *Historia de las Mujeres en España y América Latina. del siglo XIX a los umbrales del XX*, Vol. 3, Madrid, Cátedra, pp. 313-351.

NÚÑEZ ORGAZ, A (1987): "Gestación de la primera Ley de regulación del trabajo de la mujer (1883-1900)", en *El trabajo de las mujeres, siglos XVI-XX, VI Jornadas de Investigación Interdisciplinaria*, Madrid, UAM, 1987.

NÚÑEZ PÉREZ, M. G. (1989): *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica (1931-1936)*. Madrid, Ministerio de Trabajo.

PÀMIES, T. (1976): *El maig de les dones Dones (Crònica d'unes jornades)*, Barcelona, Laia.

RAMOS, M. D. (2000): "¿Madres de la Revolución? Mujeres en los movimientos sociales españoles, 1900 - 1930", en DUBY, G. y PERROT, M. (dir), *Historia de las Mujeres*, Vol. 5, Madrid, Taurus, pp. 709-721.

RUIZ, S. (2007): "La Odisea de las tejedoras", en *Sabem fer i fem saber. Trobada de dones a Catalunya*, pp. 112-115.

SAN JOSÉ, B. (1986): *Democracia e igualdad de derechos laborales de la mujer*, Instituto de la Mujer.

TORNS, T., CARRASQUER, P., PARELLA, S. y RECIO, C. (2007): *Les dones i el treball a Catalunya: mites i certeses*, Barcelona, Institut Català de les Dones, Estudis 2, Generalitat de Catalunya.

SCANLON, G. (1990): "El movimiento feminista en España, 1900 - 1985: Logros y dificultades", en ASTELARRA, J. (Comp), *Participación política de las mujeres*, Colección Monografías núm. 109, Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 83-100.

SCOTT, J. (1993): "La mujer trabajadora en el siglo XIX", en DUBY, G. y PERROT, M. (dir), *Historia de las Mujeres*, Vol. 4, Madrid, Taurus, pp. 427-461.

SNOW, D. y BENFORD, R. (2000): "Framing Processes and Social Movements: An Overview and Assessment." *Annual Review of Sociology*, Nro. 26, pp. 11-39.

VALIENTE, C. (1997): *Las políticas públicas de género en perspectiva comparada: la mujer trabajadora en Italia y España, 1900 - 1996*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.

Por motivos de espacio las referencias legislativas no quedan recogidas en esta bibliografía. Para más información: ruizgs@gmail.com



¿REPENSANDO EL DERECHO DE FAMILIA¹?

Carol Smart

*Centro Morgan para el Estudio de las Relaciones y la Vida Personal
Universidad de Manchester
Reino Unido*

Introducción

El enfoque principal de este artículo versará sobre si es necesario repensar los enfoques feministas del derecho de familia como resultado de los acontecimientos de cómo teorizamos la “vida personal” y sus conexiones (Smart, 2007), y también en relación con las maneras en que el propio derecho de familia ha cambiado durante aproximadamente la última década. Sugiero que la investigación feminista contemporánea necesita integrar la comprensión de los cambios reales que han ocurrido en el derecho de familia con estos nuevos enfoques teóricos, para evitar la repetición estéril de las viejas posturas que se han vuelto demasiado rígidas como para abrazar por completo las complejidades de hoy en día. Para estar alerta de cómo se puede implicar a los cambios legales (tanto positiva como negativamente), en las vidas diarias de las mujeres y sus parientes, necesitamos comprender cómo se entremezclan las diferentes dimensiones de la vida contemporánea, generando diferentes significados, además de distintas necesidades.

Al buscar desarrollar el mencionado enfoque, me centraré aquí en los modos cambiantes en que el derecho de familia inglés busca crear lazos reconocidos entre los individuos y a través de las generaciones, con el objeto de crear una familia que pueda ser reconocida como entidad legal. En tanto la presunción popular tiende a ser la de que el derecho simplemente se dibuja sobre relaciones biológicas o maritales pre-definidas, yo argumentaré que la relación entre la conexión biológica (a la que generalmente se refiere en la actualidad como “lazos genéticos”) y el reconocimiento legal del establecimiento del parentesco han sido siempre más ambiguos y menos directos que esto. Más aún, la ya compleja tarea de reconocer y crear relaciones legales se ha vuelto más difícil, dado que la forma real y potencial del parentesco moderno continúa cambiando. Con esto, me estoy refiriendo a tales acontecimientos en el Reino Unido, como la unión

.....
1 Traducido por Alejandro Piombo.

civil² de parejas, la reproducción asistida, la donación de gametos, y el reconocimiento de la paternidad en parejas del mismo sexo. Por lo tanto, mi argumento es que deberíamos resistir a la tentación de seguir analizando el derecho de familia en términos de su potencial para normalizar y/o celebrar formas de parentesco patriarcales y heteronormativas y, en cambio, enfocarnos en cómo las prácticas de parentesco requieren que el derecho no se quede atrás con los rápidos cambios, que hacen, a su vez, que el mismo derecho sea más flexible y fluido. De este modo, yo opino que es importante no adjudicarle un énfasis principal a la forma en cómo el derecho “actúa sobre” las relaciones, sino en el modo en cómo las distintas formas de relaciones “actúan sobre” el derecho. Este enfoque nos recuerda el trabajo de Michel Foucault (1979), sobre el que yo argumento que el derecho contemporáneo no dice “no” a la diversidad y a las diferencias; sino que, también siguiendo a Foucault, opino que esto puede albergar otros medios menos visibles para la regulación de la vida personal, dado que siempre hay en juego luchas potenciales de poder. Por lo tanto, cuando sugiero que el derecho de familia está reflejando de manera positiva los cambios originados por la familia que se modifica y las prácticas de parentesco, además apunto a otros desarrollos que buscan regular la forma en que se deberían desarrollar el género y las prácticas generacionales.

Reconceptualizando a las familias: La vida personal

Los enfoques sociológicos y antropológicos para comprender las relaciones –a los que la antropología se refiere como los nuevos estudios de parentesco (Carsten, 2004)– se centran principalmente en los significados que la gente da a sus relaciones y a sus prácticas de parentesco y de no parentesco. Existe ahora menos interés en la comprensión formal de los lazos de matrimonio o de sangre, y una mayor curiosidad por los significados y las emociones con que la gente se acerca a aquellos definidos como parentesco (Finch y Mason 1993; 2000). Estos significados son creados y practicados de varias formas a través de rituales tales como las celebraciones de bodas, las vacaciones familiares, la conservación de fotos y recuerdos y, por supuesto, el cuidar y compartir (Gillis, 2004; Miller, 2001; Smart, 2007). Las cualidades del afecto, las normas de reciprocidad, la atención a las diferencias personales, todo se combina para crear lazos que a su vez pueden ser más importantes que los genéticos o de sangre; de modo que tanto la investigación sociológica como la antropológica se enfocan ahora

.....
 2 Traducción del “Civil partnership” inglés, que legaliza la unión de dos personas del mismo sexo.



cada vez más en la forma en que la gente hace y sustenta el parentesco ordinario y de todos los días y, al menos en estos ámbitos, pocos se centran actualmente en “la familia” como institución, y los debates han virado hacia una apreciación de la entidad de individuos en la creación (y la ruptura) del parentesco.

Sin embargo, lo anterior no implica que los lazos biológicos, genéticos o de sangre no conlleven significados especiales dentro de las redes personales. Sabemos que la gente pone mucho énfasis en las líneas sanguíneas, o en tener hijos/as “propios”, o en conocer quién es el padre “real”; pero estos valores y metáforas se pueden también analizar en términos de significados culturales más que reclamos esencialistas acerca de la prioridad de los lazos genéticos. Esto significa que a tales reclamos no se les da una primacía ontológica en las nuevas formas de análisis del parentesco. De hecho, parece que la gente puede pasar con facilidad de hablar acerca de la fuerza determinista de la genética como la cosa que enlaza y junta a la gente, a incluir a un amigo cercano en su red de parentesco o de familia. Por lo tanto, tenemos relaciones complejas tanto con los parientes genéticos como con el parentesco elegido, y podemos entretrejerlos en diferentes patrones en distintas ocasiones (Weeks *et al*, 2001; Weston, 1997). El cliché “la sangre es más espesa que el agua” es uno que a menudo se escucha, pero igualmente frases como “Mi mejor amiga es como una hermana para mí” parecen también prevalecer (Spencer y Pahl, 2006). Lo anterior significa que es posible mantener un rango de puntos de vista contradictorios, a menudo desplegando diferentes metáforas en distintos contextos, pero adhiriéndonos a todas ellas sin una aparente inseguridad ontológica.

En alguna otra ocasión, he argumentado (Smart 2007) que es importante desarrollar nuestro análisis teórico sobre la vida personal y las prácticas familiares con modos que están fundados en la investigación empírica. De esta manera, sugiero que podemos estar en contacto con los significados de parentesco que sostiene la gente, a la vez que obtener una mejor visión de las prácticas cambiantes. Por eso, cuando estamos considerando el funcionamiento de algo como el derecho de familia, u otras políticas legales, deberíamos, como feministas, mantenernos cerca de las prácticas familiares reales y también ser capaces de ponernos en la piel de la gente que hemos estudiado, para ver el mundo de un modo diferente. Con esto no sugiero que vayamos a obtener respuestas simples, sólo advierto contra la teorización y la generación de políticas que se desprenden desde arriba, porque una ciencia social que está separada de las realidades de todos los



días es una ciencia social pobre. Por esto, en lo que sigue, quiero incorporar elementos de la investigación empírica a mi discusión, el derecho del caso legal y las discusiones de políticas, pero, primordialmente, quiero enfatizar que necesitamos estar advertidos de los modos complejos en que la gente está viviendo su vida personal. En la siguiente sección, discutiré lo que considero como cambios positivos en el desarrollo del derecho de familia inglés y la forma en que ellos pueden ser vistos como un elemento que responde a los cambios bastante drásticos en lo que se comprende como “familia”. En la sección posterior, desarrollaré argumentaciones acerca de los sucesos menos positivos que se están desarrollando en ámbitos paralelos.

Los cambios positivos: La flexibilidad del derecho sobre el parentesco.

Siempre se ha considerado que el derecho de familia sostiene y refuerza a las familias patriarcales, nucleares y heteronormativas (Smart, 1984; Auchmuty, 2004; Stychin, 2003; Jeffreys, 2004). A pesar de que no deseo descartar por completo estos argumentos, sin embargo, cuestiono esta clase de enfoque. En lugar de esto, parece importante desarrollar una perspectiva con otro matiz, insertando otros aspectos de análisis en este panorama. Esto sucede porque el derecho de familia opera de formas bastantes complejas y a veces contradictorias, y también produce consecuencias no planeadas y no buscadas. De modo que, incluso cuando las reformas al derecho se introducen inicialmente con claras intenciones políticas, las consecuencias no se pueden garantizar por anticipado. Donde una vez se podría haber discutido que el intento del derecho de familia inglés era imponer un orden patriarcal con claros límites morales sobre la vida familiar, esto está ahora mucho menos claro. De hecho, el derecho se ha dedicado cada vez más a tratar de “ponerse al día” con la realidad social, pues busca reformularse en línea con la fluidez familiar (de parentesco) de hoy en día. Yo sugiero que el derecho busca a menudo llevar las afinidades electivas (o el parentesco escogido) a relaciones legalmente reconocidas y, al hacer esto, el derecho *puede* regular y normalizar, pero su primer intento es proteger y reconocer las afinidades que la propia gente común desea reconocer, salvaguardar y respetar. Entonces, yo iría un poco más allá al sugerir que existen resultados de esta clase de intervención que no se pueden predecir, dado que los ámbitos en los que se mueve el derecho nunca son estáticos. Cada paso dado en la dirección del reconocimiento de nuevas formas de asociaciones toma lugar dentro de una ya compleja red de relaciones legales y afinidades sociales/personales que implica que las nuevas medidas o decisiones nunca son directas o carentes de complicaciones en sus resultados.



Dado lo anterior, sugiero que es útil ver al derecho como la práctica de establecer el parentesco, con lo cual quiero decir que de varias formas el derecho funciona para crear formas de parentesco reconocidas y reconocibles. Por lo tanto, mientras que alguna vez las prácticas de establecer el parentesco pueden haber sido en gran medida impuestas, en los últimos tiempos, son solamente tan probables como los intentos de mantenerse al día de los cambios sociales y las prácticas culturales. Un ejemplo histórico de esta pasada práctica social sería la forma en que el matrimonio constituyó el mecanismo para crear un parentesco reconocible entre hombres y niños/as y que se debe hacer cumplir legalmente. De este modo, el matrimonio cumplió varias funciones, y una de esas funciones primarias se abocó a establecer la paternidad, que a su vez reguló la herencia y la propiedad. Es significativo que el derecho inglés insistía en que cualquier niño/a que naciera de una mujer casada era el hijo/a legítimo de su esposo. Por ende, era el matrimonio en lugar de la biología el que determinaba la paternidad. De este modo, podemos ver que el derecho inglés ha intentado durante mucho tiempo transformar potencialmente el parentesco “ficticio” en uno de característica legal. Por esto, podemos ver que incluso ciertos elementos del derecho de familia tradicional se podrían describir como una práctica para “establecer” el parentesco, con lo que quiero decir que podía tratar a los hombres y a los niños/as de las familias casadas como si fueran parientes “reales”, sin tener en cuenta la verdadera conexión biológica.

Otro ejemplo temprano de este proceso de establecimiento del parentesco sería la introducción de la adopción legal, de 1926 (la Ley de Adopción de Niños *The Adoption of Children Act*), que dio un giro significativo en la forma de dar respuesta al reconocimiento de diversas formas familiares. Barton y Douglas (1995) describen uno de los comités que investigaba sobre la conveniencia de la adopción legal en Inglaterra luego de la Primera Guerra Mundial. El Comité para la Adopción de Niños definió la adopción como:

Un método legal para crear, entre un niño y alguien que no es el padre natural del niño, *una relación familiar artificial* análoga a la de un padre y su hijo.

(Primer Informe, Cmd 2401, párrafo 4 (1924 – 25) citado en Barton y Douglas, 1995:75, las cursivas son mías)

La terminología del Informe es muy reveladora. El niño/a introducido en la familia por medio de la adopción es visto como el elemento que crea una

familia “artificial”; y esta terminología es claramente peyorativa, dado que se entiende como la antítesis de la familia “natural”, donde se presume que lo natural es lo mejor. Esta idea de crear relaciones de familia legalmente reconocidas fue preocupante en ese entonces, y muchos argumentaron que eso socavaría la vida familiar correcta. Sin embargo, no se convirtió en una política y los padres adoptivos de ese entonces fueron alentados de forma positiva a no contar a los niños/as la “verdad” acerca de su concepción y paternidad genética.

Martin Richards (2006) ha rastreado las complejas relaciones entre el derecho y la paternidad en Inglaterra desde la AID (“inseminación *artificial* por el donante”; según sus siglas en inglés) hasta el surgimiento de las pruebas de ADN a finales de la década de 1990.

Este autor subraya las maneras en que el derecho de familia y dichas políticas tratan con una variedad de “ficciones”. De este modo, por ejemplo, cita, en su recomendación, del Informe del Comité Warnock, que un niño/a concebido por una mujer a partir del empleo de esperma de un donante debería ser tratado legalmente como descendencia de su esposo. El Comité declaró:

Somos plenamente conscientes de que esto puede ser criticado por intentar *legalizar para una ficción*, dado que el esposo de una mujer que ha concebido por medio de la AID no será el padre genético del niño [...]. Sin embargo, sería, según nuestro punto de vista, consecuente con la idea de que el padre asuma todos los derechos y deberes de paternidad con respecto al niño. (Richards 2006: 57 citando el *Reporte del Comité de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología*. 1984: 26. Las cursivas son mías)

Esta cita es un buen ejemplo del modo en el cual las relaciones genéticas o naturales se preferían, en la década de 1980, en el derecho de familia, porque se dice que el donante para la inseminación da lugar a un parentesco ficticio; pero al mismo tiempo, mientras que estas relaciones se estuvieron describiendo como “ficciones”, no se les dio sin embargo el mismo estatus legal que a las creadas por la reproducción no asistida. A partir de estos ejemplos, es posible ver cómo, durante un buen tiempo, el derecho de familia ha dicho una cosa, pero ha hecho otra.

Un ejemplo contemporáneo de esta capacidad del derecho de familia inglés para trascender la ortodoxia es la introducción de la Unión Civil (o



matrimonio entre el mismo género), en 2004. Esta reforma es un paso adicional en el proceso por reconocer el parentesco no convencional. Algunos críticos de las reformas consideran estas medidas como un modo de imponer valores y estructuras heteronormativos sobre lo que, de otro modo, serían relaciones transgresoras (Carl Stychin, 2003). Sin embargo, otros ven las medidas legales como la celebración de la diferencia y como el ofrecimiento de protección para las relaciones del mismo sexo. Las propias parejas del mismo sexo no ignoran las consecuencias de potencial negativo de este reconocimiento (Smart, 2007b), aunque esto no signifique que ellos lo deseen. Tomemos la siguiente cita⁴ de una lesbiana que eligió casarse, como ejemplo de la conciencia de estos complejos aspectos que muestran las parejas del mismo sexo:

Steph: Esto se trata de la complejidad y la diversidad de las relaciones hoy en día [...] y sabes que eso debería ser bienvenido. Yo creo que las relaciones de las personas deberían ser bienvenidas, y si tu demuestras un compromiso con alguien y deseas estar con ellos y ayudar a cuidarlos, y si ellos quieren cuidarte y ser parte de la familia del otro y deseas ser parte de la comunidad, entonces, eso debería ser bienvenido. Y creo que eso enriquece al país, y también creo que enriquece al mundo.

A partir de lo que dice Steph en este corto pasaje, queda claro que la legitimación de las afinidades electivas entre el mismo sexo es importante, porque el reconocimiento legal acarrea consigo el potencial para reconocer y extender los lazos emocionales. En otras palabras, la unión civil no sólo enlaza parejas de un modo socialmente reconocido, sino que también ofrece un rango de relaciones adicionales que adquieren existencia formal. Esto implica que el(la) compañero(a) civil se convierte en un “pariente político” o en pariente de los padres de su compañero(a) y de los medios hermanos, y esto constituye una práctica para “establecer un parentesco”. Si estas formas de compañero(a) civil se asumen y adquieren un significado o no, depende de las circunstancias individuales, pero extiende el alcance de las relaciones. De muchas maneras, esto es lo que el proceso legal de adopción ha hecho en relación con los niños. Simplemente se extiende el

.....
 4 Esta cita (y las que siguen) fueron tomadas de un proyecto financiado por un ESRC (ref. R000230418) que se llamó ‘Matrimonios gay y lésbicos: Una exploración a los significados y la significancia de la legitimación de las relaciones entre el mismo sexo’. El equipo de investigación estuvo integrado por Carol Smart, Jennifer Mason y Beccy Shipman. Para más información acerca del proyecto, ver Shipman y Smart 2007, y Smart 2007b y 2008.

panorama de las relaciones significativas reconocidas por la ley. La significancia ontológica del reconocimiento de estas relaciones en el caso de la adopción ahora se reconoce, y de este modo es igualmente importante reconocerlas en el contexto de las relaciones entre el mismo sexo. En la próxima cita es posible ver precisamente esta extensión:

Chris: Sí, esto ha hecho que mi familia y la de Sarah se hayan podido acercar más durante el último par de años.; desde que nos hemos casado, estamos realmente cercanos.

Sarah: Quiero decir que cuando salimos y hacemos cosas, ellos me presentan como su cuñada. Y eso es como si tu madre y tu padre te presentaran como su hija, y eso está perfecto, no se podría esperar más que eso, ¿verdad?

Sally (*dirigiéndose a su compañera Judy*): Y le dije a tu padre: “¿Debo llamarle papá ahora?” Y él me respondió con toda seriedad: “Oh, sí, deberías hacerlo”: yo sólo bromeaba, de modo que no sé si ellos nos ven de manera diferente ahora, o esto les ha dado la facultad de reconocernos más al menos a tu padre y a tu madre.

Estos comentarios pueden sonar convencionales en la superficie, pero tal comprensión superficial pierde los significados subyacentes que se encuentran en juego cuando se invita a un círculo familiar o de amigos más amplio a ser testigos de un casamiento entre personas del mismo sexo. El deseo de colocar las relaciones personales dentro de un contexto de parentesco, atestiguado por los demás, genera un nivel de significancia que va más allá de la propia relación.

El modo en el cual se crea una aceptación y un reconocimiento a través de una ceremonia formal y mediante la adquisición de un nuevo estatus legal fue un tema fuerte en muchas de las entrevistas llevadas a cabo en nuestro estudio acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo (ver Smart 2007b, 2008). Es esta práctica la que yo consideraría como las raíces del “establecimiento del parentesco” y esto tiene, a su vez, repercusiones radicales. Tal como ha sostenido Jeffrey Weeks:

Después de 2005, cualesquiera que fuesen las limitantes de la Ley de Asociación Civil, [...] se rompió también el lazo entre el matrimonio y



la heterosexualidad. Esta es una ruptura profundamente simbólica; y quizás es la ilustración más drástica de este nuevo mundo que hemos construido (Weeks 2007: 15).

El concepto de “repercusiones radicales” es importante aquí porque el punto de vista de Weeks demuestra que las reformas legales realmente pueden tener consecuencias impredecibles. Esto implica que una reforma legislativa que estuvo dirigida a parejas del mismo sexo, presenta ramificaciones mucho más amplias para todas las otras formas de parentesco. Se pueden encontrar otros ejemplos notables de esta clase de cambios radicales en la Ley Inglesa de Fertilización Humana y Embriología, de 2008, que reconoce que un niño puede tener dos madres,⁵ y permite, en el caso de madres lesbianas, que ambas sean citadas en el Certificado de Nacimiento. Ha habido también importantes casos en la Corte donde se ha hecho evidente que el derecho desea cada vez más, en la práctica, reconocer y proteger nuevas formas de parentesco. Uno de tales casos en Inglaterra fue el de *Re D (Contact and PR: Lesbian mothers and known father Madres lesbianas y padre conocido) (No.2) [2006] EWHC 2 (Fam)*. En este caso, las Cortes reconocieron la supremacía de la “paternidad” de un niño por parte de dos madres y rechazaron las demandas de parte de un donante conocido acerca de que él debería ser tratado del modo en que lo sería un padre heterosexual divorciado. El padre genético, en este caso, quería afirmar su paternidad legal y también que se le otorgase la custodia compartida del niño, lo cual habría implicado que el niño tendría que vivir con él el 50% del tiempo. Este hombre argumentó que él era más importante que la pareja de la madre lesbiana por nacimiento y rechazó a reconocerla como un pariente “real”. Sin embargo, su punto de vista (tradicional) no se pudo sostener y el Tribunal apoyó decididamente a las dos madres.

Estos ejemplos de cambios legales y decisiones del Tribunal muestran la clara tendencia, por parte del derecho de familia inglés, a adoptar nuevas formas de parentesco en modos que podrían haber sido inimaginables hace sólo una década atrás. Más aún, estos cambios no han sido impuestos por una legislatura benigna, sino más bien logrados por la gente común que ha estado modificando activamente las maneras en que arreglan sus relaciones y sus modelos de parentesco. No obstante, y a pesar de estos acontecimientos positivos, es importante señalar que hay también consecuencias negativas que acompañan estas luchas legales, y ahora me volcaré a considerar estos hechos.

.....

5 Sin embargo, se debería notar que una “segunda” madre se va a designar como un padre femenino y un segundo padre como padre masculino.

Los procesos negativos: la vigilancia y el parentesco forzado

He argumentado que el derecho de familia inglés se ha vuelto más flexible y que su reconocimiento de las redes de parentesco que la propia gente crea posee elementos progresistas e importantes. El caso de la unión civil y también el reconocimiento de la paternidad en parejas del mismo sexo se pueden ver como respuesta a las presiones y los reclamos hechos por familias *gays* y lésbicas. Sin embargo, el derecho de familia no sólo está sujeto a las influencias de estos grupos y, si aceptamos que estos ámbitos son altamente complejos, no debería sorprendernos descubrir clases de reclamos muy diferentes que están siendo expresadas por otros grupos de interés (por ejemplo, los grupos de derechos de los padres) y también grupos profesionales (por ejemplo, los trabajadores sociales y los consejeros genéticos). De modo que al mismo tiempo que atestiguamos un cambio de las formas de "establecimiento de parentesco" legalmente reconocidas que siguen a las líneas biológicas o sanguíneas de un modo determinístico, también podemos ver la reemergencia de reclamos por la supremacía de los lazos genéticos, especialmente alrededor de la paternidad.

En las esferas de la adopción, y más recientemente en el campo de la reproducción asistida, se ha insistido en la idea que los niños/as deban saber (o se les deba contar) sus verdaderos orígenes genéticos. Donde una vez los padres adoptivos fueron alentados a no contarle a sus hijos/as, hoy en día no se les permite a las parejas adoptar a menos que ellas estén de acuerdo en decir la "verdad"; y a menudo se les pide estar en contacto con los padres por nacimiento o al menos con la cultura de los mismos. Incluso a los miembros de las parejas que llegan a la concepción a través de la donación de esperma se les aconseja contarles a sus hijos/as las circunstancias de su concepción. En los casos de donación de embriones, también se aconseja a las madres que dieron a luz que les cuenten a sus hijos/as sobre la madre donante (Konrad, 2005; Murray y Golombok, 2003; MacCallum y Golombok, 2007; Paul y Berger, 2007). Estos cambios en las políticas son, según se argumenta, en beneficio de los propios niños/as. Yo no cuento con el suficiente espacio aquí como para comprometerme en un debate acerca de lo que constituye el mejor interés para los niños/as, debido a que éste es un campo muy extenso y debatible. En lugar de ello, me centraré en lo que esas directrices implican sobre las prácticas de parentesco en las familias comunes. Yo estoy interesada en ver si la imposición de estos lazos de parentesco cambia o no las prácticas familiares y si estas políticas se deberían ver como una nueva forma de reimposición de una vieja ortodoxia.



Un campo que se está volviendo cada vez más controvertido y que se está litigando hoy en día es el de la determinación del padre genético de la criatura. La incertidumbre de la paternidad no es un dilema, pero tal como lo señalé antes, en el pasado resultaba muy complicado para un esposo negar la paternidad de su hijo/a nacido dentro del matrimonio. Sin embargo, el auge de las pruebas de paternidad a través del ADN ha generado una situación en la cual dondequiera que se halle el conflicto, un padre puede recurrir a la prueba de paternidad para ver si él es o no el padre genético. Esto, a su vez, influye en si los Tribunales impondrán o no sobre él las responsabilidades en curso para el niño/a. Esto es ahora la práctica común en los casos de divorcio, al igual que en los casos de niños/as nacidos fuera del matrimonio. En estos casos, la responsabilidad vigente de sustento económico para los niños/as se enlaza puramente con las relaciones genéticas; por lo tanto, esta tendencia corre a contracorriente de las que se discutieron anteriormente, donde los lazos familiares no se consideran como exclusivamente dependientes de la genética. Actualmente, se están escuchando en los Tribunales ingleses casos del (llamado) “fraude de paternidad”. En estas situaciones, un hombre entabla una demanda en contra de una madre para obtener una compensación económica al descubrir que él no es el padre genético del niño/a que ha ayudado a criar.

Cada vez con más frecuencia los Tribunales ingleses están insistiendo en la revelación de la “verdad genética” como un modo para resolver esta clase de disputas. En el caso que cito más adelante, la madre y su esposo deseaban criar un niño como “propio”, aún cuando estaba claro que el niño era el hijo del antiguo amante de la mujer. La pareja quería criar al niño sin ninguna clase de interferencia por parte del padre genético ya alejado. Sin embargo, el antiguo amante quería establecer la paternidad legal y conocer al niño. Cuando se le preguntó a la mujer qué le diría al niño acerca de su concepción, la madre declaró en la Corte:

“Le mentiré (a mi hijo H). Lo haré para protegerlo. En mi mente, mi esposo es el padre...”

Madre en Asunto H (un menor) (Pruebas sanguíneas: derechos de paternidad) - [1996] 3 FCR 201 at 207

Sin embargo, el Tribunal no le permitió a la mujer hacerlo, ni tampoco le otorgó a su esposo la paternidad legal sobre el niño. La madre quería crear una “ficción” para, según su punto de vista, proteger al niño; sin em-

bargo, en este caso, la “ficción” que ella deseaba no se consideró aceptable porque el padre genético quería establecer reclamos sobre el niño. Por lo tanto, el juez insistió en que todos deberían ajustarse a la relación genética, sin tener en cuenta el hecho de que ni la madre ni su esposo deseaban hacerlo. En este caso, el juez sintió que se le debía dar prioridad a la genética:

Si H crece sabiendo la verdad, eso no mermará su acercamiento a la figura de su padre y saldrá adelante sabiendo que tiene dos padres. Es mejor eso que la cuenta atrás de una bomba de relojería.

Juez de Apelación de Justicia, Asunto H (un menor) (Pruebas sanguíneas: derechos de paternidad) - [1996] 3 FCR 201 at 220

Una razón para centrarse en este caso es el hecho de que los comentarios del juez se pueden leer de dos maneras muy diferentes. Por una parte, sus palabras se pueden considerar como portadoras de flexibilidad legal, donde él se encuentra satisfecho de crear una situación en la cual el niño tiene tanto un padre genético así como uno social. Al tomar este camino, el juez puede parecer muy progresista y la madre podría ser considerada como muy convencional al querer pretender que ella tiene una familia “normal”. Por otra parte, el juicio podría considerarse demasiado intrusivo y como despojante de poder de intervención para la familia. Desde este punto de vista, la pareja está obligada a fomentar una relación de parentesco entre el niño y su padre genético, a pesar de que ellos crean que esto pueda ser dañino y que lo encuentren extremadamente difícil. Ellos no tienen alternativa y tienen que vivir su experiencia familiar tal como lo requiere el Tribunal. Lo que surge de este caso es el modo en que la ley está preparada para intervenir en la regulación de los preceptos morales (Konrad, 2005) de las familias de los individuos. Este caso implica una difícil lucha de poder entre el parentesco genético y el social y, en esta instancia, se establece la prioridad de la paternidad genética sobre la social.

Un estudio de Murray y Golombok (2003) es de gran importancia para comprender las complejidades de estas situaciones. En su trabajo, fueron entrevistadas 17 familias relacionadas con la donación de embriones, y con hijos/as entre 3 y 8 años de edad, a las que se consultó acerca de su decisión de contarles o no a sus hijos/as su origen genético. Aproximadamente la mitad (8) de los padres no tenía la intención de



contar esto a sus hijos/as, 4 de ellos estaban indecisos, y 5 planeaban hacerlo en el futuro. La principal razón del porqué las madres se oponían a contar a sus hijos/as la “verdad” genética era debido a que ellas querían protegerlos. En otras palabras, su concepto acerca del bienestar de los niños/as era todo lo contrario de lo seguido por los Tribunales ingleses en casos similares. En tanto un juez podría argumentar, tal como el anterior Juez de Apelación de Justicia, que la relación de un niño/a con un padre “social” no se vería afectada por el descubrimiento de que el padre “social” es genéticamente extraño, queda claro que estos padres no estaban demasiado seguros. Para ellos, el descubrimiento del niño/a implicaba su posible rechazo como padres. Estos últimos también temían que otros miembros de la familia pudieran ver al niño de un modo diferente si se conociera ampliamente la verdadera paternidad genética. Este factor es a menudo bastante ignorado, incluso en los casos de disputas por la paternidad; además, es incierto el modo en el cual el resto de la familia reaccionará ante un niño/a cuya paternidad está en duda o se descubre que fue concebido fuera de la extensión de un matrimonio heterosexual. En el Asunto H que mencioné anteriormente, el juez asume que el niño permanecerá apegado a su padre social cuando él sepa que tiene un padre genético distinto, pero no se considera en absoluto si la otra relación de parentesco del niño estará sujeta a él. Las ondas que fluyen a través de una familia más amplia no tienen cabida en estos juicios, no obstante que pueden ser muy importantes en la vida diaria del niño y de sus padres.

Un problema con el nuevo entusiasmo por demandar a los padres que les cuenten a sus hijos la “verdad” genética es que conocer el parentesco genético se considera frecuentemente como el precursor de la formación real de relaciones con éste. Nuevamente, esto puede presentar aspectos tanto negativos como positivos. A partir de los estudios sobre la adopción, sabemos que los adultos que fueron adoptados al ser niños/as desean conocer a sus madres por concepción, aunque no está tan claro si ellos quieren tener lazos estrechos con dichas madres (Carsten, 2000). Existe además cierta evidencia de que los adultos que fueron concebidos a través de la donación de esperma desean conocer a los padres donantes, y también a sus medio hermanos. El deseo de conocer a estos últimos resulta particularmente significativo, dado que esto es un hecho inesperado acorde con la calidad anónima del donante (Freeman *et al*, 2009). Por cierto, la búsqueda de los medio hermanos (donde algunas personas pueden descubrir que tienen docenas de ellos) se podría ver



como otro ejemplo de la práctica de establecimiento del parentesco de origen popular, dado que éste es un modo de extender nuestro círculo de parentesco, si es que así lo deseamos. Sin embargo, puede haber una diferencia entre buscar un pariente extra al ser adultos, y tener un pariente impuesto siendo aún niños/as, y en contra de los deseos de los padres u otros miembros de la familia. El siguiente caso arroja cierta luz sobre este aspecto:

El caso de D⁶

El caso de D ocurrió en 2006 y tuvo que ver con un niño de 11 años de edad conocido como T. La madre del niño tenía 14 años al momento del nacimiento del niño que estaba en el Cuidado de la Autoridad Local. Ella identificó al padre putativo, y este joven identificado reconoció la paternidad. Sin embargo, la madre no podía cuidar a T y, por lo tanto, el niño fue a vivir con la abuela paterna (la Sra. D) a quien eventualmente se le otorgó la guardia y custodia para T. Viviendo con T y su abuela se encontraban su hermano y un primo. Los apuntes del caso reportan que T nunca vio a su madre y sólo lo hizo ocasionalmente con su padre, de modo que su cuidadora más importante y significativa era su abuela paterna. En ocasión de cumplir T diez años, un conocido de la familia le presentó a T un hombre (conocido como el Sr. E) como su verdadero padre, o padre genético. Esto resultó una tremenda sorpresa para T y su abuela. A continuación de este hecho, el Sr. E acudió a la Corte para obtener una orden de responsabilidad paterna y también expresó que T debería ir a vivir con él. En efecto, el Sr. E quería establecer su relación genética con T a través de una prueba de ADN y, con la fuerza de la evidencia, deseaba quitarle el cuidado del niño a su abuela y criarlo como su hijo. Se consideró que la posibilidad de que esto sucediera causaría una fuerte conmoción a T. La prueba de ADN positiva habría tenido también muchas otras consecuencias. Una prueba que determinara que el Sr. E era el padre genético de T habría implicado que la Sra. D ya no era más su abuela (genética). Su hermano tampoco sería su hermano (genético), y lo mismo hubiera sucedido con su primo. En efecto hubiese existido una completa desestructuración del parentesco en la familia de T. En otras palabras, el niño habría perdido una porción mucho mayor de su parentesco genético de la que hubiera ganado por la súbita aparición de su (supuesto) padre genético. Él también lo hubiera perdido realmente, dado que el Sr. E quería apartarlo de su hogar y de sus relaciones.

.....

6 Asunto D (Paternidad) [2007] 2 FLR 26.



Esta nueva tendencia de política familiar, con su entusiasmo por las pruebas de ADN para asumir que los lazos genéticos son más valiosos que la preservación de las relaciones existentes, significa que los niños/as pueden adquirir un parentesco forzado. En este caso, T pudo resistir esta imposición porque tenía 11 años, pero en el caso del bebé H que se discutió anteriormente, el niño no tuvo ninguna elección en absoluto en el hecho. Lo que revelan estos casos es que el reconocimiento del parentesco es un sitio de conflicto actual y existente y en tanto que podemos ver ciertos acontecimientos positivos donde se están legitimando lo que he llamado “prácticas de establecimiento del parentesco de origen popular”, en otros casos se está reafirmando una vieja ortodoxia basada en la genética (o la sangre).

Conclusiones

Soy consciente de que mi argumentación en este artículo ofrece paradojas en lugar de un análisis claro y simple acerca de las tendencias. He sostenido como aspecto más importante que necesitamos comprender cómo funcionan las familias a través de las prácticas familiares, particularmente lo que he denominado formas de “establecer el parentesco” (Konrad, 2005). También he argumentado que el derecho de familia en ciertos ámbitos ha luchado para mantener estas prácticas informales, y que esto se puede ver como algo positivo. Utilicé el ejemplo de matrimonios de personas del mismo sexo como una muestra de eso, y también me referí a otras instancias donde la Corte y las nuevas legislaciones han realmente buscado con propiedad reconocer la “paternidad” del mismo sexo y colocarla sobre el mismo fundamento de la paternidad heterosexual. Sin embargo, en los ámbitos adyacentes de la reproducción asistida y también de la incertidumbre acerca de la paternidad, he destacado la aplicación de una lógica diferente. En estas esferas, parecería que se da prioridad a los lazos genéticos. En ciertos casos, debido al deseo de establecer “verdades genéticas”, los Tribunales están tratando de poner a un lado las prácticas de las familias comunes por lograr el “establecimiento del parentesco”: Más que esto, ellas pueden insistir en establecer relaciones entre extraños relacionados genéticamente, sin tener en cuenta las consecuencias impredecibles de tales dictados. En estas instancias, los Tribunales ingleses parecen deseosos de erradicar las prácticas informales de “establecimiento del parentesco” y de buscar reimponer el parentesco “apropiado”.

Esta clase de acontecimientos, especialmente cuando se combinan con la tendencia creciente de que los padres recurran a las pruebas de paterni-

dad para establecer o des-establecer su parentesco con respecto a los niños, revela una tendencia bastante diferente y menos benigna que la que se ha discutido en la primera sección de este artículo. De manera que no debería resultar sorprendente, yo no tengo soluciones fáciles para estos problemas, pero mi argumentación es que necesitamos estar atentos a las prácticas de establecimiento del parentesco que la propia gente sigue, y reconocer el impacto que las prácticas cambiantes pueden presentar sobre la forma que asume el derecho de familia. He hablado de las maneras en que los Tribunales ingleses pueden ahora imponer el parentesco sobre los niños/as, pero aún no sabemos cómo los propios niños/as van a responder a esta imposición. Quizás cuando se conviertan en adultos, simplemente "se despeguen" por sí mismos de la forma de parentesco si la relación les resulta desagradable. Tal vez hasta se puedan beneficiar de las leyes de herencia o del descubrimiento de otros medio hermanos/as. Si bien he descrito a los Tribunales como las instituciones que imponen la "ortodoxia tradicional", el resultado de esto quizás esté bastante lejos de ser obvio, y finalmente puede no indicar en absoluto el triunfo del padre genético patriarcal. Esto me lleva de nuevo a mi punto de partida sobre el modo en que comprendemos la vida familiar y las prácticas de establecimiento de paternidad y el punto hasta el cual necesitamos desarrollar formas polifacéticas de análisis, en lugar de recurrir a las respuestas simples.



BIBLIOGRAFÍA

AUCHMUTY, R. (2004): "Same-sex Marriage Revived: Feminist Critique and legal Strategy", en *Feminism & Psychology*, 14(1), pp. 101-126.

BARTON and G. DOUGLAS (1995): *Law and Parenthood*, London, Butterworths.

CARSTEN, J. (2004): *After Kinship*, Cambridge, Cambridge University Press.

CARSTEN, J. (2000): "Knowing where you've come from': Ruptures and continuities of time and kinship in narratives of adoption", en *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 6, pp. 687-703.

EEKELAAR (2006): *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press.

FINCH, J. and MASON, J. (1993): *Negotiating Family Responsibilities*, London, Tavistock/Routledge.

FINCH, J. and MASON, J (2000): *Passing On: Kinship and inheritance in England*, London, Routledge.

FREEMAN, T. and RICHARDS, M. (2006): "DNA testing and kinship: paternity, genealogy and the search for the 'truth' of our genetic origins", en F. EBTEHAJ, B. LINDLEY AND M. RICHARDS, eds. (2006): *Kin Matters*, Oxford, Hart Publishing.

GILLIS, J. (2004): "Gathering Together", en A. ETZIONI AND J. BLOOM, eds. (2004): *We Are What We Celebrate*, New York, New York University Press.

JEFFREYS, S. (2004): "The Need to Abolish Marriage", en *Feminism and Psychology*, 14 (2), pp.327-331.

KONRAD, M (2005): *Nameless Relations*, Oxford, Berghahn Books.

MACCALLUM, F. and GOLOMBOK, S. (2007): "Embryo donation families: mothers' decisions regarding disclosure of donor conception", en *Human Reproduction*, 22(11), pp. 2888-2895.

MURRAY, C. and GOLOMBOK, S. (2003): "To tell or not to tell: The decision-making process of egg-donation parents", en *Human Fertility*, 6(2), pp.89-95.



PAUL, M and BERGER, R. (2007): "Topic avoidance and family functioning in families conceived with donor insemination", en *Human Reproduction*, 22(9), pp. 2566-2571.

RICHARDS, M. (2006): "Genes, Genealogies and Paternity: Making Babies in the Twenty-first Century", en JR SPENCER and ANTJE DU BOIS-PEDAIN, eds. (2006): *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing.

SHIPMAN, B. and SMART, C. (2007): "It's made a huge difference: Recognition, Rights and the Personal Significance of Civil Partnership", en *Sociological Research Online*, 22(1), January.

SMART, C. (1984): *The Ties that Bind*, London, Routledge.

SMART, C. (2007a): *Personal Life*, Cambridge, Polity.

SMART, C. (2007b): "Same Sex Couples and Marriage: Negotiating relational landscapes with families and friends", en *The Sociological Review*, 55(4), pp. 687-702.

SMART, C. (2008): "Can I Be Bridesmaid?: Combining the Personal and Political in Same-Sex Weddings" en *Sexualities*, 11(6), pp. 761-776.

SMART, C. (2009): "Family Secrets: Law and Understandings of Openness in Everyday Relationships", en *Journal of Social Policy*, 38(4): 1-17.

SPENCER, L. and PAHL, R (2006): *Rethinking Friendship: Hidden Solidarities Today*, Woodstock, Princeton University Press.

STYCHIN, C. (2003): *Governing Sexuality*, Oxford, Hart Publishing.

WARNOCK COMMITTEE (1984): *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* Cmnd. 9314 London, HMSO.

WEEKS, J., HEAPHY, B. y DONOVAN, C. (2001): *Same Sex Intimacies: Families of Choice and Other Life Experiments*, London, Routledge.

WEEKS, J. (2007): *The World We Have Won*, London, Routledge.

WESTON, K. (1997, 2nd Edit): *Families We Choose: Lesbians, Gays, Kinship*, New York, Columbia University Press.



Integrantes del Grupo Antígona:

Encarna Bodelón González
Francesca Puigpelat Martí
Pilar Giménez Alcover
Marga Bonet Esteva
Manuel Calvo García
Ricardo R. Luna
Lorena Pérez García
Noelia Igareda González
Lorena Garrido Jiménez
Daniela Heim
María de la Fuente
Mario A. Montoya
Glòria Casas Vila
Lucía Ortiz Amaro

<http://centreatigona.uab.cat>





Antígona es un Grupo Consolidado de Investigación reconocido por la *Generalitat de Catalunya* (SGR), que agrupa una serie de profesoras/es e investigadoras/es en el marco de la Facultad de Derecho de la *Universitat Autònoma de Barcelona*.

Antígona se dedica a la investigación jurídica y social en perspectiva de género y a la docencia y divulgación de las Teorías Feministas del Derecho.

<http://centreantigona.uab.cat>



ANTIGONA

<http://centreantigona.uab.cat/>

Grup Dones i Drets



Generalitat de Catalunya
Institut Català de les Dones

