

El género en el derecho.
Ensayos críticos

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

El género en el derecho.
Ensayos críticos

Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares
Compilador y compiladoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Moni Pizani Orsini
Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N 2889 y La Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro

UNIFEM

Lola Valladares

ISBN: 978-9978-92-786-1
Derechos de autor: 032326
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	ix
<i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	xi
<i>Moni Pizani Orsini,</i> Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos	
A manera de introducción.	
La propuesta y la provocación del género en el derecho	xiii
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	

I. Conceptos fundamentales

1. La categoría género

La definición del género.....	5
<i>Linda McDowell</i>	
Críticas feministas a la dicotomía público/privado	37
<i>Carole Pateman</i>	

2. Los movimientos feministas y la masculinidad

El enigma masculino. La gran X	69
<i>Elisabeth Badinter</i>	

II. Género y teoría del derecho

1. Las escuelas feministas y el derecho

La crítica feminista al derecho.....	103
<i>Isabel Cristina Jaramillo</i>	

2. Género y derecho

El sexo del derecho	137
<i>Frances Olsen</i>	
Cuestiones acerca de mujeres y derecho	157
<i>Alicia E. C. Ruiz</i>	
Género y derechos humanos	165
<i>Judith Salgado</i>	

3. Metodología de investigación del derecho

Metodología para el análisis de género del fenómeno legal.....	181
<i>Alda Facio</i>	
Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género	225
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	

III. El género en el derecho

1. Derecho constitucional

Igualdad sin discriminación	257
<i>Joan Williams</i>	
Igualdad, diferencia, discriminación.....	285
<i>María José Añón</i>	

2. Derecho penal

El discurso feminista y el poder punitivo	321
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
El aborto.....	335
<i>Tamar Pitch</i>	
Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.	
Una nota desde la incertidumbre	383
<i>Miguel Carbonell</i>	
Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres.....	397
<i>Roxana Arroyo y Lola Valladares</i>	

3. Derecho de familia

Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia.....	465
<i>Margrit Eichler</i>	

4. Derecho laboral

Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo	517
<i>Eleonor Faur</i>	

5. Derecho internacional de los derechos humanos

La Carta Magna de todas las mujeres	541
<i>Alda Facio</i>	
Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gozcan de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano	559
<i>Cecilia Medina</i>	
Violencia y jurisprudencia internacional	593
<i>Roxana Arroyo y Lola Valladares</i>	

IV. Instrumentos internacionales

Declaración del Milenio.....	641
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW	655
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW	673
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”	681

Nota biográfica de las autoras y autores.....	691
---	-----

Presentación

Néstor Arbito Chica,

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

La serie “Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad” tiene como objetivo enriquecer el debate jurídico, que ha estado tradicionalmente relacionado al derecho civil y a su análisis formal. El libro *El Género en el Derecho. Ensayos críticos*, siguiendo con la tradición editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ofrece a la ciudadanía doctrina, materiales e instrumentos jurídicos necesarios para comprender el alcance del Estado constitucional de derechos y justicia, pregonado por el artículo primero de la Constitución del 2008.

El género no es una cuestión sólo de feministas, es una temática que debe interesar a hombres y mujeres, grupos y colectividades diversas. La injusticia producida en sociedades patriarcales como la nuestra nos afecta a todas las personas. La sociedad nos ha privado a los hombres de ejercer roles de cuidado y a la vez no hemos construído vínculos sociales fuertes con nuestros seres queridos. De igual modo, las mujeres han tenido serias dificultades para desarrollar y expandir sus capacidades particularmente en la vida pública al estar relegadas a roles de cuidado. Todas las personas en una sociedad patriarcal, perdemos. Es hora de cambiar. Las lecturas de este libro invitar a ver la vida, el derecho y las transformaciones que requieren la sociedad de una forma distinta.

El derecho contemporáneo no puede desconocer los aportes del análisis de género al derecho. Sin duda, no tener nociones de género, como no tener nociones de derechos humanos, hoy en día constituiría un gran déficit en la formación jurídica. De ahí la importancia de esta publicación.

El libro está estructurado como material para un curso o un módulo de estudio que va desde aspectos introductorios y contextuales hasta la aplica-

ción concreta en áreas específicas del derecho. Nos encantaría saber que este libro fue utilizado en la Escuela Judicial o en cualquier facultad de derecho, o simplemente que fue leído y que transmitió conocimientos útiles para la vida, para la exigibilidad de derechos, para despertar el sentido crítico de la persona estudiosa de las normas o para la transformación del derecho. Si algo de esto sucede, estaremos felices de saber que nuestras publicaciones tienen sentido y que el esfuerzo que implica la producción del libro no ha sido en vano.

Presentación

Moni Pizani Orsini,

Representante de UNIFEM en Ecuador y Directora para los Países Andinos

Según Alicia Ruiz, autora de “El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”, en la producción del discurso jurídico se presentan lo que ella llama “*reglas de atribución de la palabra que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho*”; por lo tanto, el Derecho tiene mayores significaciones que la sola letra de la ley, refleja los valores, los mitos, los rituales, los imaginarios, las creencias, de la sociedad para la que rige y que terminan por convertirse en los supuestos que garantizan o no su eficacia; esto significa que el Derecho tiene una doble función, por una parte es creado, pero por otra, también tiene un poder creador. Esto permite entender al Derecho como el resultado de todo un proceso de construcción social, cruzado por relaciones de poder, capaz de generar ciertas prácticas sociales, discursos, subjetividades y aún materialidades.

La simbolización de lo femenino, ligado a la biología y la conservación de la especie, incidió severamente en el proceso de ciudadanización de las mujeres y en el reconocimiento de sus derechos, invisibilizando situaciones de facto violatorias de sus derechos, tanto en el ámbito privado, como en el público. Y es que nacer y ser mujer u hombre, es una condición que marca una diferencia y también marca la vida, las aspiraciones, la libertad, los sueños, las oportunidades y los riesgos.

Esta constatación justifica por sí misma la necesidad de la aplicación del enfoque de género en el Derecho, si de verdad se busca que la justicia sea posible, tanto para hombres como para mujeres y logre la verdadera reparación de las víctimas. “Mirar” desde el enfoque de género implica indagar sobre los efectos o impactos que las responsabilidades y representaciones de género tienen en hombres y mujeres; evaluar las consecuencias diferenciadas

de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes y políticas; comparar cómo y por qué las mujeres y los hombres se ven afectados de manera distinta por esas leyes o decisiones judiciales.

El objetivo final de este ejercicio es la igualdad.

La igualdad debe ser el principio que esté en el punto de partida, pero también debe ser el de llegada de cualquier norma jurídica o decisión de la administración de justicia que busque reducir el impacto de los factores que impiden el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, sobre todo de los derechos humanos de las mujeres.

El reconocimiento de derechos específicos de las mujeres en instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará trae consigo una nueva forma de organización discursiva que reorganiza las relaciones de poder en toda la sociedad y fortalece el proceso de transformación institucional a dos niveles: en lo ideológico - simbólico y en lo político. Se trata de normas y no declaraciones de voluntad, por lo que su inobservancia constituye una violación de derechos con consecuencias jurídicas específicas; es decir que definen a las mujeres como un sujeto de derechos en sí mismo. Pese a que han pasado ya 30 años de la aprobación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y quince años desde la suscripción de la Convención de Belem do Pará, aún seguimos aspirando que estos principios sean conocidos y aplicados en el ámbito judicial, de allí la importancia de contar con textos como el que en esta oportunidad presentamos.

El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, UNIFEM, tiene como mandato promover los derechos humanos, la participación política y la seguridad económica de las mujeres, mediante asistencia técnica y financiera, es precisamente en cumplimiento del mismo que ha considerado muy importante hacer una alianza institucional con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador para la publicación de este libro que esperamos constituya un aporte a la reflexión teórica y a la aplicación del enfoque de género en la práctica del Derecho, como la integración plena de la dimensión de la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres y la realización de la justicia como la máxima expresión del desarrollo.

A manera de introducción

La propuesta y la provocación del género en el derecho

Ramiro Ávila Santamaría

Hace algunos años, antes de proponer la cátedra de Género y Derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, intuía que atrás de los feminismos habían pistas para construir una teoría del derecho emancipatoria. En el año 2002, en la justificación para convencer que valía la pena enseñar género, decía:

No existe universidad que se precie de brindar conocimientos adecuados a la época, que no tenga estudios (y hasta departamentos y post-gradados) en género. El movimiento feminista ha logrado significativos aportes a las ciencias sociales, en general, y al derecho, en particular. El derecho, desde muchas perspectivas, no es neutro. La perspectiva de género contribuye a la formación de estudiantes críticos, y al desarrollo de la capacidad para develar las relaciones de poder que están detrás de los discursos. Por estas razones, hartamente importante es crear una cátedra, al momento introductoria, dedicada al estudio de género.

La cátedra se aprobó y se impartió. En esta clase, como en ninguna otra, aprendí enseñando. Los programas fueron variando de un año a otro. De alguna manera, iba a la sombra de los descubrimientos de Judith Salgado, quien dictaba una cátedra más ambiciosa sobre diversidades en la

Universidad Andina Simón Bolívar y que generosamente compartía su programa conmigo. En otros casos, libros que descubría en librerías o bibliotecas y que consideraba aceptables, libros que se experimentaban en clases. De esos textos, hemos escogido aquellas lecturas que fueron quedando por haberse convertido en imprescindibles (algunos textos no pudimos incluir por no haber conseguido el permiso para publicarlos). Esas lecturas están en esta edición. Lamentablemente pocos textos tratan de forma amplia y profunda el tema del derecho y el género, tales como el libro pionero editado por Alda Facio y Lorena Fries, *Género y Derecho*, la colección “Identidad, mujer y Derecho”, publicado en Biblos en Buenos Aires y el libro de Tamar Pitch, *Un derecho para dos*, editado en Madrid por Trotta. Este libro pretende sumarse a esa pequeña lista de textos que den luces para la construcción de una teoría del derecho que incluya al género. Pero vuelvo a las clases.

Las clases de género y derecho tenían dos particularidades que hacían que se distinguan de las otras clases que dictaba y de las otras que se daban en la Facultad. En primer lugar, la perspectiva de género en el derecho tiene, como pocas otras áreas, la virtud de ser siempre crítica. Y esto ya es refrescante en la tan pesada y monótona tradición jurídica. La ley nunca es neutra. Esto ya lo había dicho la escuela realista norteamericana, pero se hace una vez más evidente desde el género. Deconstruíamos las normas y éstas, aparentemente proteccionistas, se tornaban en normas censurables desde el derecho constitucional a la igualdad. En segundo lugar, y esto al principio fue casual y luego intencional, la relación de la temática de género se relacionaba directa e inevitablemente con la cotidianidad. Todas las personas estamos en relación de poder en cuanto al género. Era fácil, cuando se trataba de asuntos de familia, pensar, por ejemplo, en el trato distinto que tienen las adolescentes, terriblemente controladas para evitar que sean violadas, y los adolescentes, terriblemente libres para promover que “violen”, las primeras escondiendo su actividad sexual y los segundos jactándose de promiscuidad sexual. También era fácil visitar la galería de presidentes de la asociación de estudiantes y constatar, por la simple mirada a las fotos, que no había mujer alguna y que, éstas, ocupaban los cargos de servicio, como la secretaria. Saltar de la educación por colores, el rosado-delicado, el azul-valiente, a los juegos y a los roles; las mujeres con vestido dedicadas a jugar a la cocina y a la mamá y los hombres, con pantaloneta, a jugar fútbol y a

ser superpoderosos héroes. Luego, al pasar al derecho, entender la regulación de los permisos maternales, la diferencia salarial entre géneros, la impunidad de las discriminaciones contra personas –no casualmente mujeres– que habían ejercido roles de cuidado al ser madres. Las clases, entonces, se enriquecían con las experiencias y las vivencias de los alumnos y las alumnas. El derecho hecho carne, literalmente.

Al comenzar las clases, y esto siempre me sucedió, la gran mayoría de personas, particularmente las mujeres, tienen la idea de que las feministas son un grupo de locas insatisfechas que no tienen mejor cosa que quejarse y que proponer cosas pecaminosas como el aborto o minimizadoras de la mujer como las cuotas. Siempre, cuando oía estas afirmaciones, preguntaba qué libro de feministas habían leído, y la respuesta era que ninguno. En la clase de Género y Derecho leerían, pues, sus primeros textos escritos por personas que no han estado tan locas como se imaginaban.

La clase tenía cuatro grandes partes, que no casualmente coinciden con la estructura de este libro: (1) la categoría género, (2) el género en la teoría del derecho, (3) el género en el derecho, (4) instrumentos jurídicos sobre género.

(1) La categoría “género” es una construcción relativamente nueva y mal entendida. En Latinoamérica podríamos afirmar que recién en los años noventa es difundida y no ha sido adecuadamente comprendida. Parte del problema de la categoría es que el término “género” es polisémico, puede connotar desde el género lo artístico hasta aspectos relacionados con la sexualidad. Comencemos afirmando qué no es género. No es sinónimo de mujer, sexo, feminismo, aunque tenga relaciones con esas palabras y sus significados. La categoría es compleja y tiene que ver con que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales y de las relaciones significantes de poder. En el primer aspecto, se distinguen cuatro aspectos: simbólicos (la idea de Eva, la virgen María, las princesas), normativos (interpretación de los símbolos y define qué es y lo que deben hacer las personas, entonces las mujeres deben preservar su virginidad y ser bellas), institucionales (organización social y roles en el trabajo, la familia, la escuela, la sociedad), y subjetivo (configuración de identidades). En el segundo aspecto, en el análisis de género, aunque no de manera exclusiva, podemos apreciar

relaciones de opresión/sumisión en lo cotidiano y en la estructura social. Linda McDowell nos hace una reflexión interesante y sugestiva sobre la relación entre género, identidad y geografía. Por un lado aclara el concepto y, por otro, lo aplica. La construcción del género en las personas y de sus relaciones sociales tiene que ver en los espacios y en los tiempos donde se las vivencia. No es lo mismo la forma de vida de una persona que ha vivido en Cuenca y hace 20 años, que la misma persona si hubiese vivido ahora, en New York y además si hubiese socializado con personas homosexuales. Interesante resulta preguntar a personas que han estudiado en el extranjero, en particular mujeres que han tenido familias harto conservadoras y patriarcales, lo que experimentaron al salir de su espacio geográfico original. Otra virtud del ensayo es que nos abre las puertas para otras categorías importantes que provocan sumisión, opresión o discriminación, tales como la clase, la raza, el sexo, la edad. Encontraremos en esta parte las ideas claras para reflexionar sobre el género, las diversidades, el patriarcalismo, la diferencia y, muy importante, la tarea pendiente aún para dismantelar las bases de relaciones sociales e institucionales injustas.

Un concepto fundamental para la comprensión de la categoría y de su complejidad es el de la dicotomía entre lo público y privado. Carole Pateman afirma que esta discusión ocupa un lugar central en los últimos dos siglos de la lucha feminista. Desde la instauración de liberalismo, las discusiones han cambiado considerablemente. Aunque el liberalismo planteó una forma de comprender la igualdad, Pateman nos recuerda que esa comprensión siempre fue patriarcal. Podríamos distinguir algunas doctrinas: la doctrina de las esferas separadas, separadas pero iguales, complementarias y diferenciadas. La de las esferas separadas es propia del liberalismo individualista, por la que la familia y la sociedad civil es lo privado y lo estatal es lo público, y se consideró que la mujer correspondía a lo natural y el hombre a lo cultural; el resultado, en la práctica, fue que la mujer tenía un evidente rol subordinado y socialmente secundario. La segunda doctrina, separadas pero iguales, se promovió con el movimiento de las sufragistas, que promovían el derecho al voto del mismo modo como lo venían ejerciendo los hombres, pero que nunca cuestionaron la “idoneidad” de las mujeres para la vida doméstica y al confinamiento al hogar. La tercera y la cuarta doctrina apuntan a desdibujar la línea que divide lo público y lo privado. Una de las

consignas, “lo personal es político”, “desenmascara el carácter ideológico de los supuestos liberales... los problemas personales sólo se pueden resolver a través de medios y acciones políticas”. A la postre, el problema sigue vigente y parece insoluble. Parecería que la solución es que hombres y mujeres compartan, en igualdad de condiciones, responsabilidades. Esto no implica necesariamente que haya armonía, porque irremediamente hombres y mujeres somos biológicamente diferenciados.

En un tercer acápite de esta parte, encontramos un artículo de Elizabeth Badinter que nos ayuda a comprender el fenómeno histórico de la lucha por un mundo más igualitario, poniendo énfasis en la masculinidad. Este ensayo es de esas joyas escritas de las que uno puede sacar más de una enseñanza. Por un lado, se hace un repaso histórico desde los orígenes del feminismo hasta las crisis de masculinidad. Por otro lado, desde una perspectiva histórica, se puede apreciar que el fenómeno de la lucha por sociedades más equitativas no es del siglo pasado sino de toda la historia. Aunque el ensayo ponga énfasis en la historia europea y, en particular, de Francia, esto no quita que se pueda aprender lecciones en la forma de aproximarse a la historia para Latinoamérica. De este artículo, he sacado esa fórmula por medio de la cual una realidad opresiva puede ser transformada cuando hay discurso, organización, demanda, crisis y de ahí un paso adelante o uno atrás. Por ejemplo, en la revolución francesa es evidente que la reflexión sobre el derecho a la igualdad entre burgueses y aristócratas, podía aplicarse entre hombres y mujeres, que la demanda política y jurídica por esa igualdad se plasmó, en el primer caso, en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, y, en el segundo, en la Declaración de los derechos de la mujer, y que, después de la crisis, no sólo que moriría la mujer que hizo la propuesta sino que, en la época de Napoleón, se dio un paso atrás con el Código Civil que no reconocía la capacidad de las mujeres. Finalmente, el artículo distingue varias escuelas feministas, que tienen puntos de partida y llegada distintos, entre otras, las diferencialistas o esencialistas y sus múltiples derivaciones, como las ecofeministas y las constructivistas. Por supuesto que no se puede reducir la complejidad del movimiento por la igualdad de género a escuelas ni tampoco a otras categorías. Al final lo que importa es luchar por un mundo que sea menos o nada excluyente.

(2) La relación de género y derecho la hemos dividido en tres acápite.

En la primera tratamos sobre las distintas escuelas feministas que abordan el tema del derecho. Como nada en la vida, el abordaje no es pacífico ni unívoco. Isabel Cristina Jaramillo aborda el tema de manera lúcida y harto comprensible. La autora distingue entre feminismos de la igualdad, y entre estos al liberal clásico, al liberal social, al socialista, feminismos de la diferencia, y entre estos al cultural, al radical, al antiesencialismo, y finalmente el constructivismo cuya forma de aproximarse al derecho de este último la comparto, de igual forma la propuesta referente a que las personas somos frutos de una permanente construcción social, que huyen de las esencias y procuran la eliminación de roles predeterminados culturalmente. Mientras tanto en temas relacionados con la igualdad, Joan Williams comenta las aproximaciones, desde la litigación y otras formas de reivindicación jurídica, de las distintas escuelas, algunas de ellas contraproducentes en el sentido de lograr resultados opuestos a los deseados. Finalmente, se pueden apreciar las bondades del género para analizar el derecho: críticas teóricas, críticas institucionales, creación de métodos de análisis y, a la postre, renovación de la teoría jurídica que tanta falta hace.

Frances Olsen parte de los dualismos, propios del pensamiento occidental, y que tienen estrecha relación con el género (masculino/femenino, racional/emocional, universal/particular, positivo/negativo...). La vida no es así, nada es blanco o negro, bueno o malo, positivo o negativo. Todas las personas gozamos o sufrimos de aspectos que pueden valorarse como envidiables y repudiables. Sin embargo, las categorías de análisis —al igual que las películas de Hollywood— son opuestas. El derecho, como anota Olsen, no es ajeno a este bipolarismo que se atribuye a las diferencias sexuales, de las que se desprende una jerarquización y, finalmente, se puede concluir que el derecho es masculino. Las reacciones han sido varias y no siempre las más adecuadas. Se ha rechazado las diferencias sexuales y se ha propugnado, en consecuencia, una igualdad formal; se ha rechazado la jerarquización y se ha reforzado el rol femenino como natural; se ha atacado a la sexualización y a la jerarquización del derecho y se ha negado el dualismo como categoría válida para normar. La teoría a la que se adscribe Olsen es la crítica, que evalúa razonadamente el impacto de las reacciones y hace una invitación a pensar de manera constructiva e imaginativa al género y al derecho.

Alicia Ruiz, en su condición de profesora de Filosofía del Derecho y jueza, quien conoce las normas jurídicas desde lo abstracto y lo práctico, marca la diferencia entre el abordamiento jurídico clásico y el crítico. El primero –lamentablemente el más difundido– bajo la premisa de que las normas y el sistema jurídico es ordenado, coherente y racional y, el segundo, que relaciona al derecho con el poder, la violencia, lo oculto y que provoca la ficción de que todas las personas “actúan como si...” y que llega al punto de naturalizar las relaciones sociales y hasta el efecto del mismo derecho. Con estos presupuestos, aborda la cuestión del acceso al poder judicial y del saber y poder en las escuelas de derecho. En el primer caso, sin conciencia de género (y esto vale no sólo para las mujeres) se profundizan en la justicia las exclusiones que rodean a las mujeres y, en el segundo, al no existir cátedras específicas y ni abordamiento desde el género a las que ya existen, se niega un saber que es comprometido con la educación antidiscriminatoria. En este sentido, no se confrontan las teorías y las prácticas para que las cosas se transformen. Este artículo se empata, en este punto, con parte del ensayo de Ávila sobre las facultades de derecho.

Judith Salgado relaciona, de manera bastante comprensible y a la vez sintetiza lo discutido por otras autoras: feminismo, género y derechos humanos. Sostiene que el feminismo no sólo es teoría sino también práctica, y que en la teoría existen varias tendencias que tienen en común la lucha por la eliminación de la discriminación; nos relata la trayectoria de la concepción del género (cuando se distingue sexo de género, el género absorbe al sexo y los regímenes de género en las distintas estructuras sociales); finalmente aborda el tema de los derechos humanos, que tampoco son sólo normas sino también luchas y movimientos sociales, desde una perspectiva crítica.

El tercer acápite trata sobre la metodología de la investigación del derecho desde el género. Creo que –de lo poco que conozco– nadie ha escrito de forma tan consistente como Alda Facio sobre el tema. De manera pedagógica y desmenuzada Facio sugiere seis pasos para analizar el derecho. El primero tiene que ver con el aspecto subjetivo de la persona que investiga. Si ésta tiene conciencia de género y de la subordinación en la construcción social podrá seguir adelante. Si la persona no cree en el género como categoría ni tampoco puede apreciar la discriminación manifiesta en la realidad y que se proyecta en el derecho, no tiene sentido proseguir con los otros

pasos. El paso segundo es la identificación de la forma cómo se manifiesta la discriminación jurídica. El tercer paso es la apreciación de la mujer o del hombre invisibilizado por la norma. El cuarto paso es la identificación del estereotipo. El quinto, que nos invita a salir del típico análisis exegético al que estamos acostumbrados las juristas y los juristas latinoamericanos, tiene que ver con el marco de referencia en el que el derecho se desenvuelve: el componente formal-normativo, el componente estructural y el componente político-cultural. El sexto paso es la colectivización de la investigación, que también es un llamado al derecho transformador, que no se conforma con el análisis sino que tiene que avanzar hacia la denuncia para el cambio. Este texto ya ha sido utilizado en múltiples tesis de pregrado y de postgrado. Mi experiencia es que no siempre se aplican o son útiles todos los pasos, pero sin duda son un referente importante para analizar el derecho. A veces, por ejemplo, el paso cinco por sí solo puede ser suficiente para hacer una buena investigación sobre la interrelación entre derecho, sociedad y realidad.

Un ejemplo del uso de la metodología propuesta por Facio lo encontramos en el artículo de Ramiro Ávila Santamaría. Ese artículo tiene la virtud de ser una construcción colectiva entre estudiantes y profesor y de constituirse, al mismo tiempo, en una pieza de denuncia sobre la opresión que padecen las personas –en género diversas– en una típica facultad de derecho. Por un lado, se analizan normas vigentes en el sistema jurídico ecuatoriano y se puede concluir, desde la perspectiva de género, que son inconstitucionales; por otro lado, se analiza a la facultad de derecho desde la perspectiva de un ambiente masculino donde lo femenino es minimizado, utilizado o burlado y, por tanto, se constituye en un lugar donde se discrimina impunemente.

(3) La tercera parte del libro recoge ensayos en los que se abordan áreas específicas del derecho. Conviene aclarar que, por un lado, no tenemos –por espacio, tiempo y por falta de conocimiento– artículos sobre todas las áreas del derecho. Los artículos recogidos en este libro pretenden demostrar ejemplificativamente que todo derecho y cuerpo normativo podría ser “deconstruido” desde el género. Hemos escogido cuatro áreas: constitucional, penal, familia y derechos humanos. Por otro lado, tampoco, en cada área elegida, agotamos el espectro de lo analizable. Por ejemplo, en derecho penal

hemos escogido un ensayo general y otros específicos sobre el tema del aborto y la violencia, aunque podrían abordarse más temas como el de la víctima, la legítima defensa en casos en los que el género es relevante, la feminización del fenómeno de las drogas y cuestiones por el estilo.

En el derecho constitucional hemos escogido tres artículos relacionados con la igualdad y la no discriminación. ¿Por qué tanto énfasis en la igualdad y no discriminación? Por varias razones. La una es que la igualdad es un principio clave en el estado constitucional de derechos y justicia; no sólo que tiene relación con la democracia sino también con la vida cotidiana. La otra es que Ecuador, como otros países de la región, es un país evidente y profundamente excluyente y discriminador. Finalmente, sorprende que el litigio desde la igualdad no ha tenido cabida en nuestros sistemas jurídicos, como ha sido notable en lugares como los Estados Unidos. Joan Williams lidia con las concepciones que existen sobre la igualdad y las estrategias utilizadas para lograrla: eliminar privilegios de los hombres y desventajas de las mujeres y deconstruir las normas masculinas. La promesa no es luchar por la igualdad formal o por consideraciones que refuercen los roles, sino por conseguir la igualdad sin discriminación. El ensayo de Marcela Rodríguez pone énfasis en dos derivaciones importantes de la lucha por la igualdad: las acciones afirmativas y la relación de estas con la democracia; justifica de manera sólidamente sustentada las razones que acreditan las acciones afirmativas: justicia compensatoria, justicia distributiva, utilidad social, y responde de manera solvente a las críticas que se han hecho en contra de estas medidas. Se concluye que las cuotas son un mecanismo adecuado para garantizar la igualdad y la democracia sustancial. María José Añón, por su lado, aborda el difícil tema de la distinción y la relación entre igualdad, diferencia y discriminación. Hay veces que, por lograr la igualdad, se puede discriminar y entonces cabe el respeto de la diferencia y que, por el contrario, mantener la diferencia podría ser discriminatorio y, entonces, hay que combatirla. Añón propone algunas distinciones importantes para entender la complejidad del concepto de discriminación, que ayudarán a un mejor diseño normativo o resolución jurisprudencial (directa, indirecta, individual, grupal); finalmente, complementando lo conceptualmente abordado por Rodríguez, aborda el tema de las acciones positivas y la necesidad, en algunos casos, de la diferenciación para la igualdad, especificando las modalida-

des de acción positiva: medidas de concienciación, de promoción de igualdad, cuotas y trato diferencial.

En el derecho penal encontramos –de toda la complejidad que abarca esta área del derecho– cinco ensayos. Uno contextual, dos relativos a la violencia, uno sobre el aborto y otro relacionado al género y al derecho penal internacional. Abrimos el debate jurídico en este tema con el provocativo ensayo del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, denominado “El discurso feminista y el poder punitivo”. Este autor argentino sostiene que el poder punitivo –siempre discriminante– se sostiene en tres vigas maestras: el patriarcado, la cosificación de las víctimas y la violencia. El poder vertical del *pater familia* ha ido evolucionando, consolidándose y perfeccionándose a lo largo de la historia y se ha manifestado en cualquier organización social (feudalismo, capitalismo, socialismo); actualmente ese poder se ejerce desde el Estado y por medio de sus agencias, que tiene como a su más refinado símbolo al poder punitivo del Estado. El patriarcado es el poder de lo masculino, que se ejerce de forma vertical y autoritaria. En la modernidad el Estado reemplazó a la víctima, confiscándole el conflicto, y asumió el rol de defensa de la sociedad mediante el derecho penal; las víctimas son meros datos y objetos de investigación. La cosificación se manifiesta, por ejemplo, en las prácticas de interrogatorio, que van desde la tortura hasta la agresión emocional. La cosificación subordina y disciplina. Finalmente, el resultado no puede ser sino la violencia institucional. De parte del feminismo, el discurso se caracteriza por ser antidiscriminatorio. La lucha del feminismo es la eliminación de las diferencias que oprimen y someten, que ha ido desde la visibilización de las mujeres hasta el convertirlas en verdaderos sujetos de derechos. Sin ser el único discurso contra la discriminación, su propuesta es fuerte por algunas razones: abarca más de la mitad de la población mundial, no pierde identidad (como en la edad o el estatus migratorio), su impacto puede alterar sustancialmente la discriminación, tiene poder para penetrar en todo el Estado y es el inevitable complemento de otras categorías discriminatorias (siempre van a existir mujeres negras, niñas, religiosas...). Uno de los principales objetivos de lucha debería ser derrumbar el poder punitivo, por alimentarse de la discriminación. El poder punitivo selecciona a las personas más vulnerables de la sociedad, fragmenta a la sociedad mediante la exclusión, afecta al desarrollo de la personalidad de los individuos que son sometidos a su influencia, refuerza estereoti-

pos y es profundamente violento. ¿Puede un movimiento antidiscriminatorio hacer uso de un mecanismo profundamente discriminatorio? Parecería que no y que sería una autonegación. Por todas estas razones, el discurso fuertemente emancipador de la teoría de género en el derecho cae en una trampa cuando usa el poder penal por dos razones: neutraliza el discurso de género tornándolo controlador (ya no emancipador) y legitima el poder punitivo con todos sus defectos para los derechos humanos. En estas circunstancias, como sugieren algunos movimientos feministas y algunos ensayos de este libro, ¿conviene usar el poder punitivo en alguna circunstancia?

El ensayo de Tamar Pitch sobre el aborto aborda las diferentes formas de enfrentar problemas sociales desde el derecho, que va desde la no regulación, la regulación civil o administrativa hasta la penalización. Pitch, además, hace un recuento histórico sobre el impacto de cada una de las formas de regular el tema, vinculándolo con la diferencia de trato con los hombres y las reacciones y discusiones teóricas que ha provocado. En cuanto a la no regulación, sorprende —en términos absolutamente jurídicos-críticos cuando no morales— que la libertad del hombre con relación a su cuerpo y a su sexualidad haya sido prácticamente absoluta; ¿se justifica, por el contrario, que a la mujer se le haya restringido estas mismas libertades por el hecho de ser madre? La regulación civil tiene que ver con la familia y la administrativa con la permisión del aborto condicionada a la asistencia especializada, en este sentido existe una especie de tutela hacia la mujer y desconfianza en su capacidad para ejercer, por sí misma, derechos y responsabilidades. Finalmente la penalización, que transforma a las mujeres, sujetos de derechos, de víctimas a verdugos; se crea la oposición de un sujeto débil, el feto, con un sujeto arrogante y egoísta, la madre. En el fondo, la penalización es la forma más severa de control sobre la libertad y el cuerpo de la mujer que, en términos proporcionales, si fuese efectiva la ley penal, causaría más daños de los que pretende resolver. El ensayo no esquiva el debate y las nuevas críticas en contra del aborto, tales como la pretensión de los padres para poder opinar sobre la maternidad de la mujer, el momento en el que debe considerarse la protección del ser por nacer, la objeción de conciencia de los médicos en lugares donde el aborto es permitido y la píldora abortiva. El artículo trata también, de forma crítica, el precedente jurisprudencial más famoso y pionero sobre el tema, *Roe v. Wade*, y hace alusión a las regulacio-

nes normativas del sistema italiano. ¿Al final, no será mejor, desde la concepción de derechos, la perspectiva de un sistema jurídico que garantice su ejercicio, en lugar de un sistema represivo? Por su parte, Miguel Carbonell aborda el tema desde el constitucionalismo mexicano, invocando derechos reconocidos en algunos de nuestros sistemas jurídicos, y enfrenta la tensión entre la libertad de procreación y la interrupción voluntaria del embarazo. El ensayo recoge doctrina generada por el órgano mexicano defensor de los derechos de las personas, los órganos competentes de Naciones Unidas y de la jurisprudencia, destacando el fallo *Roe v. Wade* y la evolución jurisprudencial de este innovador precedente. Finalmente concluye que “nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho –en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica– suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio.”

Roxana Arroyo y Lola Valladares nos demuestran documentadamente que la violencia contra la mujer ha sido una constante en todos los conflictos armados y sociales. Parten desde una crítica a la percepción de los derechos humanos, que sin duda han sido una conquista, pero que han invisibilizado en la práctica y en la institucionalidad a la mujer como sujeto que ejerce efectivamente sus derechos; de ahí que la denuncia y la exigencia de que la violencia sea considerada como una violación a los derechos humanos. El reconocimiento de que se han violado los derechos mediante la violencia ha sido ya manifiesto en múltiples instancias, en las que ya se han narrado horribles hechos y en los que se ha declarado a éstos como violación. De igual modo incisivo y con dramáticos ejemplos extraídos de mujeres que han sufrido como víctimas del poder opresivo se pasa revista a todas las manifestaciones de agresión sexual y sus impactos. Además, para llamar la atención de quienes tienen el deber de prevenir, de investigar y sancionar, se determina la obligación de los Estados para combatir la impunidad. Si la sociedad y el Estado no reaccionan ante la violencia contra la mujer, la consecuencia es que se envía un mensaje referente a que las conductas que la provocan, propician o toleran no deben cambiar.

En la misma línea, las autoras mencionadas demuestran que existen tribunales e instancias internacionales que no han sido indiferentes ante el

dolor de miles de mujeres y a la presión jurídica de los movimientos feministas. En el ensayo sobre “violencia y jurisprudencia internacional” se extraen de casos judicializados las reflexiones y decisiones del tribunal para la ex Yugoslavia, del tribunal para Ruanda, de casos conocidos y resueltos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Nos encantaría algún día demostrar que esa preocupación y ese interés se refleja en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Este relato de la jurisprudencia nos demuestra algunos hechos: en primer lugar que los jueces y juezas a nivel internacional han visibilizado la violencia, que seguramente siempre ha existido en todo conflicto armado y social contra las mujeres; en segundo lugar, que se han dado pasos enormes para combatir la histórica impunidad contra las violaciones a los derechos específicos de las mujeres; en tercer lugar, que el movimiento de derechos de las mujeres ha tenido impacto judicial; finalmente, que es posible por la vía judicial reconocer como violación a los derechos humanos y hasta como crímenes atroces a la violencia contra las mujeres.

Margaret Eichler aborda el tema del derecho familiar de una manera que rompe cualquier esquema tradicional. Siempre hemos considerado a la familia a partir de lo que dispone el Código Civil, y a esta familia la podemos considerar tradicional: hombre y mujer casados, hijos, que generan riqueza (sociedad conyugal) y que eventualmente pueden divorciarse (y hay que preocuparse de los bienes y disolver la sociedad conyugal). La verdad es que la familia es más que contrato, hijos y bienes. Por un lado, el derecho civil descuida la calidad de los vínculos familiares, que el movimiento feminista ha logrado conseguir la preocupación pública mediante las leyes especiales que combaten la violencia doméstica; por otro lado, los vínculos jurídicos (parentesco y cónyuges) no coinciden con los vínculos afectivos. En este último punto, Eichler pone el ejemplo de una persona que decide crear vínculos con personas distintas a lo que se considera familia y asume todas las obligaciones que tendría un padre o una madre; ¿al final de la vida, cuando esta persona está en estado de necesidad, las otras personas tienen algún tipo de obligación? Sin duda, de acuerdo al modelo de familia tradicional la respuesta es no. También se podría afirmar que este resultado es injusto. Pensemos ahora en una familia que se permite el lujo de tener una persona que se dedica a las labores de cuidado en la casa sin que esta sea pariente,

digamos que la empleada doméstica o la niñera (que no casualmente siempre son mujeres; cuando pregunto a las mujeres si tolerarían un empleado doméstico o un niñero, la respuesta es no y, cuando hay niñas, categóricamente no), que es quien prepara alimentos, alimenta, acompaña a los deberes, sana, cuida...: ¿esta persona, en otro paradigma, podría ser considerada familia? Para contestar esta pregunta, Eichler pasa por tres modelos de regulación de la familia: patriarcal, de responsabilidad individual y de responsabilidad social, considerando este último como el más justo, racional y práctico, que requiere de mucha precaución al aplicar, y requiere de voluntad política, nuevo marco normativo, seguimiento a la aplicación porque podría incrementar las desigualdades y pueden ocurrir efectos no planeados al insertarse en una cultura jurídica totalmente diversa. ¿Cómo se vería el Código Civil con una concepción familiar como la sugerida en esta propuesta? ¿Sería viable?

En una cuarta área relacionada al derecho laboral, hemos escogido el ensayo de Eleonor Faur, “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo”, que aborda la temática de la conciliación entre los roles productivos y reproductivos de los hombres y las mujeres. Faur no sólo que pone en contexto geopolítico el tema sino también que recorre todas las posibilidades de regulación que se han planteado en nuestra región, señalando con claridad los déficits en las legislaciones; por ejemplo, señala las responsabilidades de cuidado familiar se concentra en las mujeres, que la alusión en las leyes a la obligación de otorgar servicios de cuidado en los trabajo es excepcional, que el tratamiento diferenciado en la maternidad se concentra en la mujer, que existen distinciones injustificables en el otorgamiento de licencias entre hombres y mujeres, que los roles de cuidado se trasladan de mujeres (trabajadoras) a mujeres (empleadas domésticas) que no tienen todas las garantías laborales, que las relaciones laborales están atravesadas por pautas jerárquicas. Luego plantea el dilema que se presenta en cuanto a los roles entre hombres y mujeres, ¿conciliación o conflicto? Tres respuestas: oposición al trabajo de las mujeres (irreconciliable), aceptación pragmática (incomodidad en la reconciliación) o aceptación auténtica (conciliable). Finalmente, en balance, la situación —como en todas las áreas del derecho— no es fácil para las mujeres. Faur concluye afirmando que se requiere un nuevo “contrato sexual” que incluya y supere las políticas labo-

rales para que incluyan la conciliación, la revisión de las políticas culturales, educativas y comunicativas y, no menos importante, la incorporación del hombre como parte del problema y corresponsable en la búsqueda de un nuevo equilibrio.

Cierra esta cuarta parte, una sección dedicada al derecho internacional de los derechos humanos. Dos ensayos fueron seleccionados. Uno relacionado con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y otro relacionado al sistema interamericano de Derechos Humanos. En el primer tema, nadie mejor que Alda Facio para explicar la importancia y el contenido de lo que ella llama “la Carta Magna de todas las mujeres” y ojalá –y esto ya digo yo– de todas las personas en esa lógica de la corresponsabilidad. En el segundo, Cecilia Medina, también una persona autorizada por su experiencia y conocimiento, nos ofrece pautas importantes para hacer un uso más efectivo del Sistema Interamericano de protección de derechos. Comienza afirmando la necesidad de un enfoque distinto a la aproximación de los derechos de las mujeres por medio de la lucha general por los derechos humanos, para lograr el reconocimiento de la dignidad de todas las personas (no específicamente por los derechos de las mujeres); de este modo se asegura legitimidad y fuerza, se garantiza éxito en la lucha, no se tiene que argumentar el fundamento específico por los derechos de las mujeres, y estos logros sólo se conseguirán “si la mujer comienza a utilizar consistentemente la legislación internacional sobre derechos humanos para su propio beneficio”. El ensayo aborda los problemas que enfrentan las mujeres en América Latina y las cuatro áreas en las que opera el derecho: la fijación o creación de normas, la promoción, la implementación de las normas a nivel nacional y la protección por medio de órganos internacionales con competencia para investigar y condenar por violación de derechos humanos. Finalmente, concluye afirmando que se debe trabajar en investigación, publicidad, cabildeo y educación en derechos humanos.

En una quinta y última parte, con la intención de que sean instrumentos de respaldo y para que cuando se lean tenga más sentido cada una de sus palabras, decidimos transcribir cuatro documentos internacionales de derechos de las mujeres: la Declaración del Milenio, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW),

el Protocolo Facultativo de la CEDAW y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”. Estos documentos reflejan, al momento, el desarrollo y la preocupación de la comunidad internacional sobre el género. Nos hubiera encantado, y esa fue una de las propuestas originales, transcribir extractos de sentencias de tribunales internacionales (aunque el ensayo de Arroyo y Valladares suple en algo este vacío al resumir algunos precedentes importantes) y nacionales, pero queda pendiente para otro libro, esperando que este sea acogido por la comunidad jurídica.

He pretendido seguir el curso de una clase para presentar la estructura y brevemente el contenido de un curso y no casualmente de este libro. Sigo con esta idea. Al final de cada semestre, como en todas mis clases, tenemos una sesión de evaluación. En este punto también las diferencias con otras clases son notables. La idea normalmente es saber si se cumplieron los objetivos, si la metodología fue útil, si las lecturas fueron adecuadas y, en fin, para conocer si la clase tuvo sentido. Más de una vez esta sesión se convirtió en una especie sesión de catarsis, de testimonio de crisis existenciales o de rutas de emancipación. Recuerdo el dibujo de una mujer, que en las primeras clases se presentaba como modelo de miembro de una familia feliz, que el último día se había dibujado entre rejas como clamando por libertad. Más de una vez sacamos o contuvimos una lágrima. En fin, mujeres que expresaban su insatisfacción con las relaciones que tenían con sus padres, novios o amistades; hombres que tenían conciencia de lo que se estaban perdiendo al no haber ejercido roles de cuidado con sus hijos e hijas, o que comprendían el por qué no podían relacionarse con sus padres que habían estado ausentes en su infancia.

Un último comentario con relación a mi motivación y preocupación por el género y el derecho: soy hombre y tengo dos hijas. Decir que soy hombre, con la mirada desde el género, significa que estoy consciente de mi situación de privilegios y desventajas en sociedades patriarcales como las nuestras. Tengo el privilegio de poder, irresponsable e impunemente, dejar de ejercer roles sociales importantes, sin los cuales la sociedad sería un desastre. Al mismo tiempo, y paradójicamente, ese privilegio es mi desventaja. Privarse del rol de cuidado es privarse de la afectividad que implica

el desarrollo de vínculos con las personas queridas. Al final, como decía algún escritor famoso, la vida tiene más sentido cuando lo que se acumula no es dinero sino afectos y los afectos se construyen cotidianamente. Y de eso nos perdemos los hombres, de la posibilidad de ser más sensibles, más emocionales, más femeninos, y esto, tarde o temprano, con conciencia o sin ella, lo pagamos, en el peor de los casos, con el abandono y la soledad. Siempre he mirado con cierta envidia la forma profunda con la que se relacionan las mujeres, las hermanas, las amigas, la madre con la hija, y con cierta insatisfacción con la forma como nos relacionamos los hombres: superficialmente, dedicados a comentar sobre lo público (deportes, política, religión, trabajo, sexualidad como trofeo) y a evadir los sentimientos. No es justo ni tiene sentido perpetuar esas diferencias de roles que provocan tanta distinción intolerable. Y tengo dos hijas –decía– Manuela y Nina, que tienen ya su perspectiva de género desde los nombres. Manuela por representar a mujeres que, en Ecuador, ejercieron ya roles importantes y poco tradicionales para su época, que lucharon y que fueron inconformes con su realidad. Nina por significar en quichua que tiene voz, que es escuchada, que “dice”, siempre pensando en esa frase de C. Mackinnon quien afirmaba que a las mujeres no se les escucha la voz por tener un pie en sus gargantas. Hemos luchado con mi compañera María Eugenia, con todo lo difícil que el contexto permite, contra la atribución de roles inmodificables, que se transmite mediante las películas, de los colores, de las expectativas de los parientes cercanos, de los roles atribuidos en la escuela, de las formas de vestir, de los juegos, de los regalos y sorpresas de cumpleaños. No es fácil y procuramos que no sea dramático. Pero sí es satisfactorio cuando no siempre son princesas y a veces son dragones, no cuidan bebés sino que también tienen espadas y superpoderes, la fiesta no hacen de barbies sino de héroes, no escogen el rosado sino también el azul o el amarillo, cuando afirman, de vez en cuando, que la vida de las princesas es aburrida y no conviene esperar a que un hombre les bese y se casen y sean felices para siempre. Es decir, tener hijas con el firme deseo de que sean autónomas, libres, desarrollen al máximo sus potencialidades y que su vida no acaben –sin opción distinta– siendo madres, cuidadoras, dependientes de un hombre, sometidas, silenciadas... El género ayuda, abre los ojos, abre puertas mentales, es necesario, es útil.

No tiene sentido perder tanto conocimiento, parte del cual presentamos en este libro, e invisibilizar o negar tanto dolor que ha sido consolidado y perpetuado desde el derecho. No tiene sentido seguir enseñando derecho formal, inútil, alejado de la realidad.

En fin, el género en el derecho y el derecho en la vida...

I

Conceptos fundamentales



1

La categoría género

La definición del género*

Linda McDowell*

Sumario

Introducción. **I.** Los estudios feministas. **II.** Una reflexión sobre el género. **2.1.** La distinción entre sexo y género. **2.2.** La absorción del sexo por el género. **III.** El patriarcado, los regímenes de género y la negociación entre los géneros. **IV.** Diversidad, diferencia y deconstrucción. **V.** Las feministas y la geografía. **VI.** Otras lecturas recomendadas.

Introducción

Si la conceptualización del lugar ha adquirido nuevos matices en los recientes trabajos geográficos, otro tanto podríamos decir de la definición del género. También el enfoque de las estudiosas feministas, algunas de ellas geógrafas, ha pasado de las desigualdades materiales entre los hombres y las mujeres en las distintas zonas del mundo a una llueva convergencia de intereses en el lenguaje, el simbolismo, el sentido y la representación en la definición del género, así como en los problemas de la subjetividad, la identidad y el cuerpo sexuado. Hace unos diez años, revisando la obra de las antropólogas femi-

* Linda McDowell, *Género, identidad y lugar Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 19-47.

nistas, Henrietta Moore (1988) planteaba que la finalidad de los estudios feministas en su disciplina es analizar «qué significa ser mujer, cómo varía en el tiempo y el espacio la concepción cultural de la categoría “mujer”, y cómo influye esa idea en la situación de las mujeres dentro de cada sociedad» (pág. 12). Según Moore, el desarrollo de la idea necesita del concepto de «género» y del concepto de «relaciones de género», es decir, de las distintas definiciones de hombre y mujer, con los correspondientes atributos aceptados de la femineidad y la masculinidad, a través del tiempo y del espacio. El género, según Moore, debe considerarse desde dos perspectivas: «Como construcción simbólica o como relación social».

En realidad, ambos aspectos —el género como significado simbólico y como conjunto de relaciones sociales materiales— son inseparables. Al definir el género, como en el caso de los cambios que acabamos de constatar en la definición del lugar, debemos tener en cuenta que las actuaciones sociales, entre ellas un amplio espectro de interacciones en múltiples lugares y situaciones —por ejemplo, en el trabajo, la casa, el bar o el gimnasio— y las distintas formas de pensar y representar el lugar y el género se relacionan entre sí y se crean unas a otras. Todos actuamos como nos dictan nuestras ideas, que siempre responden a una creación cultural y están histórica y espacialmente situadas. Por ejemplo, mis sentimientos hacia los hombres jóvenes se encuentran condicionados por lo que pienso de su comportamiento, por mi propia experiencia como madre de un adolescente y por mi conocimiento de cómo se comporta la juventud de Cambridge cuando sale de noche. Estos hechos influyen en mi forma de reaccionar frente a ellos y en la suya frente a mí, lo que, a su vez, se refleja en mi comportamiento, mis ideas y mis intenciones futuras, así como en mi modo de captar y comprender el mundo y el puesto que ocupa en él la gente que no es como yo.

Así pues, lo que la sociedad considera un comportamiento propio del hombre o de la mujer influye en la idea que ellos mismos tienen de lo que debe ser masculino y femenino y de cuál es la actitud que corresponde a cada género, a pesar de las diferencias de edad, clase, raza o sexualidad, y estas expectativas y estas ideas cambian de un lugar y un tiempo a otro. Las nociones prácticamente universales, intocables e inalterables de la femineidad sólo son posibles en un icono o una imagen como quizá la de la Virgen María; para todas las demás, las ideas establecidas cambian en el tiempo y el espacio.

Junto al llamado «giro cultural» en los estudios feministas y, desde luego, en la investigación geográfica (Barnes y Duncan, 1992; Duncan y Ley, 1994) —esto es, un mayor énfasis en los símbolos, significados y representaciones—, se ha producido también un cambio en los fines políticos del movimiento feminista desde hace aproximadamente treinta años. Mi intención es ofrecer aquí un resumen de estas transformaciones, necesariamente breve desde el momento en que existen otros lugares donde encontrar un tratamiento más amplio de la historia del feminismo en la geografía (Bondi, 1990, J 992; Duncan, 1996b; Jones III *et al.*, 1997; McDowell, 1992a, 1992b, 1992c; G. Pratt, 1993; G. Rose, 1993; Massey, 1994; Women and Geography Study Group 1984, 1997), Y aún más extensos (Alcoff Potter, 1993; Gunew, 1990, 1991; Jackson, 1993; Lovell, 1990; Barrett y Phillips, 1992; Pollock, 1996). La nueva obra, escrita en colaboración por las integrantes del Women and Geography Study Group (1997), ofrece un excelente punto de partida. Tanto en el resumen que ofrezco en este capítulo como en los capítulos que siguen se reflejarán estos cambios de enfoque de las geógrafas feministas, en los conceptos y en las teorías y los casos prácticos analizados. En el capítulo final trataré de ilustrar estos cambios de énfasis con un enfoque metodológico, para mostrar no sólo las nuevas cuestiones que se plantea la indagación, sino también los métodos que se utilizan para abordarlas.

I. Los estudios feministas

La esencia de los estudios feministas estriba en demostrar que la construcción y el significado de la diferenciación sexual constituyen principios organizadores fundamentales y ejes del poder social, así como una parte decisiva de la constitución del sujeto y del sentido individual de la identidad, en tanto que persona con sexo y género. Una de las definiciones más interesantes del pensamiento feminista que he encontrado recientemente es la debida a Griselda Pollock en el prefacio a su selección titulada *Generations and Geographies in the Visual Arts*:

El feminismo propone a la mujer un compromiso político y un cambio para sí y para el mundo. El feminismo plantea un compromiso para la plena apreciación de lo que las mujeres inscriben, articula e imaginan en formas cultu-

rales: las intervenciones en el campo del sentido y la identidad que proceden de ese lugar llamado «la mujer» o «lo femenino». El feminismo se refiere también a una revolución teórica en la comprensión de los conceptos de arte, cultura, mujer, subjetividad, política, etc., pero no implica la unidad en el campo teórico, en la perspectiva adoptada o en la posición política. El feminismo se ha identificado con un movimiento de mujeres, lo cual es importante desde el punto de vista histórico, pero en el momento actual su autonomía como lugar en el que se sitúa la cuestión del género adquiere un significado político y teórico especial (1996: XV).

El feminismo, como afirma Pollock con claridad meridiana, es tanto un movimiento político como un campo teórico de análisis. La definición refleja, como no podía ser de otro modo, su propia experiencia de historiadora del arte, y nosotras, como geógrafas y científicas sociales, dedicadas al estudio de las actuaciones políticas y los comportamientos cotidianos –tanto en su aspecto material como en sus intervenciones representacionales– podríamos quizá incluir una frase que implica lo mismo, probablemente después de su segunda proposición. Por otro lado, su definición, además de parecerme excepcionalmente precisa y completa, subraya la diversidad de la teoría feminista, lo que resulta aún más importante como veremos en un momento. No cabe duda de que muchas geógrafas hablan ya de los «feminismos» y las: «geógrafas feministas», con una preferencia por el plural que manifiesta la diversidad de enfoques y perspectivas. Nótese que el título del libro introductorio escrito en común que antes he mencionado es *Feminist Geographies: Explorations in Diversity and Difference*, mientras que su predecesor de 1984 llevaba el más escueto de *Geography and Gender*.

Pero; como observa Pollock, el feminismo académico no es sólo el lugar en el que se plantean ciertas preguntas sobre el género –su definición, variaciones y efectos–, sino también el espacio al que deberíamos dirigir otras preguntas, esta vez políticas, sobre quién está representado dentro de sus cuatro paredes, como estudiosas y como objetos estudio. De momento, pospondremos el problema de las mujeres en tanto que intelectuales para el final del capítulo, con el objetivo de analizar antes el género como objeto de estudio.

Como afirma Pollock en su libro, «el feminismo ha tenido que luchar mucho y muy duramente para comprender la centralidad organizadora de

la diferencia sexual, con sus resultados de género y sexualidad como uno de los niveles de la constitución subjetiva y social» (1996: 4), y esto no es menos cierto en nuestra disciplina que en otras. Como afirmaba Susan Christopherson (1989), con cierta amargura, en un artículo publicado en *Antipode* —una revista radical de geografía— los problemas relativos al género, la justicia y la igualdad quedaban «fuera del programa» para la mayoría de los geógrafos, incluso para aquellos que se identifican ti sí mismos como radicales interesados en la desigualdad de clase y el cambio social. Hubo que luchar mucho para que los geógrafos de la línea mayoritaria aceptaran las divisiones de género como un eje fundamental de la diferenciación social, al mismo nivel que, por ejemplo, la clase y la raza o la etnicidad. Se asume con excesiva frecuencia que el género es sólo un atributo de la feminidad y, por tanto, un asunto de interés sólo para las estudiosas. Las que damos clases en cursos que versan sobre el género y la geografía (las geografías) o incluso sobre las geografías feministas, o introducimos perspectivas feministas en cursos que tratan de otros temas, por ejemplo, la geografía económica, nos hemos visto muchas veces obligadas a cambiar impresiones para lograr que nuestras clases se tomen en serio o para mantener el interés no sólo de las mujeres, sino también de los hombres.

A estos malentendidos de nuestro trabajo por parte de Ila audiencia habría que añadir otra incompreensión aún mayor. Por lo general, se sobrentiende, erróneamente, que los estudios feministas abordan sólo el género y excluyen cualquier otro eje de constitución y discriminación, lo cual añade un equívoco más. Como subraya Pollock:

El género no es al feminismo lo que la clase al marxismo o la raza a la teoría poscolonial. En primer lugar, porque feminismos hay muchos, y porque sus alianzas con los análisis de qué es lo que determina la opresión de la mujer son muy variadas. El feminismo socialista siempre se ha ocupado de la cuestión de la clase, mientras que las feministas negras, por ejemplo, incluyen las configuraciones del imperialismo, la sexualidad, la feminidad y el racismo. En su amplitud y su pluralidad, los feminismos tratan de la complejidad y la textura de las configuraciones del poder relacionadas con la raza, la clase, la sexualidad, la edad, la fuerza física, etc., pero necesitan ser también el espacio político y teórico concreto en el que se nombra y se analiza la diferencia sexual como

eje de poder que opera específicamente, sin concederle prioridad, exclusividad o predominio sobre otros, ni aislarlo Conceptualmente de las texturas de poder y resistencia al poder que constituyen lo social (1996: 3-4).

Sobre la complejidad de tales metas convendría oír de lluevo a Pollock, cuya argumentación plantea también cuestiones tan importantes como difíciles a propósito de la relación que existe entre los análisis teóricos y la movilización política por el cambio, que, el lector lo recordará, son para ella los dos focos del feminismo, ya que sitúa los intereses de las mujeres en la clase y la etnia. Desde mi punto de vista, no cabe duda de que Pollock tiene razón. Es imprescindible conocer el entramado de relaciones que se produce entre todos los ejes del poder y la opresión social, así como las formas de constitución de las diferencias sexuales y las relaciones de género en el espacio y en el tiempo a causa de su interconexión con los citados ejes de poder, pero debemos insistir, una vez más, en que lo que distingue los estudios *feministas* es la indagación de cómo se constituyen las relaciones de género y las diferencias sexuales y cómo forman una base de poder. Pero eso no es todo, porque si queremos cambiar las relaciones entre el sexo, el género y el poder tendremos que mantener el compromiso político. Las feministas no se conforman con analizar, quieren dismantelar las estructuras que refuerzan la inferioridad de la mujer, y desafiar la definición convencional de la feminidad y la opresión a la que se ve sometida. Como ha sostenido Nancy Miller (1988), las feministas «protestan contra la ficción convencional sobre lo que significa hacerse mujer». Se trata de un proyecto al que, poco a poco, se van sumando los hombres que también quieren poner en tela de juicio las ficciones convencionales de la masculinidad.

El proyecto feminista —su examen teórico de las distintas formas de ser hombre o mujer y su oposición a las opciones convencionales— no es, desde luego, una empresa fácil, dado que pide ni más ni menos que el dismantelamiento de las bases que sostienen las relaciones sociales cotidianas y la mayoría de las instituciones y estructuras de poder, así como de los fundamentos teóricos de las divisiones convencionales de género. Y ello es así porque el establecimiento de una diferencia de categorías entre las mujeres y los hombres —si las primeras son una cosa, los segundos serán todo lo contrario— se halla profundamente enraizada en nuestro sentimiento de individuos, en las

interacciones cotidianas y en las estructuras institucionales y el pensamiento occidental. A pesar de que cada vez es mayor el reconocimiento de la diversidad y la pluralidad de las experiencias sociales, se reproduce continuamente la tendencia a pensar en una forma distintiva de feminidad para las mujeres, y otra de masculinidad para los hombres. Como sostiene Doreen Massey: «Los dualismos profundamente interiorizados [...] estructuran la identidad personal y la vida cotidiana, y este hecho tiene consecuencias para la vida de otras personas, porque estructura, a su vez, la práctica de las relaciones y las dinámicas sociales, y extrae la codificación de lo femenino y lo masculino de los cimientos sociofilosóficos más profundos de la sociedad occidental» (1995: 492). Aunque las intelectuales feministas han demostrado de un modo convincente su debilidad natural, este sistema binario de las divisiones de género sigue siendo uno de los elementos decisivos del comportamiento de las sociedades contemporáneas. Así, las mujeres y las características asociadas a la feminidad son irracionales, emocionales, dependientes y privadas, y más cercanas a la naturaleza que a la cultura; mientras que los atributos masculinos se presentan como racionales, científicos, independientes, públicos y cultivados. Las mujeres, según suele afirmarse, se hallan a merced del cuerpo y las emociones; los hombres, en cambio, representan la superación de esos aspectos básicos; ellos son a la mente lo que las mujeres al cuerpo.

Como ya han demostrado muchas estudiosas feministas, la diferencia categorial, que es binaria y jerárquica, crea una mujer inferior al hombre, y valora menos los atributos de la feminidad. Esta idea se halla hondamente enraizada en las estructuras del pensamiento occidental, en las instituciones sociales y en la división de las disciplinas sociales; por eso las ciencias económica y política se ocupan de estudiar los atributos públicos del Estado y el mercado, en tanto que las decisiones «privadas», es decir, las que se toman dentro del mundo doméstico, son materia de estudio para la sociología y la psicología. La selección editada por Pateman y Grosz (1987) nos brinda una introducción muy clara a la estructura binaria de la ciencia social de Occidente.

Esa división binaria tiene mucho que ver con la producción social del espacio, con la definición de lo que es un entorno «natural» y un entorno fabricado y con las regulaciones que influyen en quién ocupa un determinado espacio y quién queda excluido de él. Como en otras ciencias sociales, las ca-

tegorizaciones binarias también estructuran los estudios geográficos (véanse más ejemplos y análisis en Mackenzie y Rose, 1983; McDowell, 1992a, 1992b; Massey, 1994; G. Rose, 1993; Women and Geography Study Group, 1984; 1997). Es, pues, evidente que las geógrafas feministas nos hemos planteado un proyecto muy ambicioso: derribar primero y reconstruir después las estructuras de nuestra disciplina; de ahí nuestro modo de teorizar y de relacionar las personas con los lugares.

En consecuencia, la finalidad específica de una geografía feminista consiste en investigar y sacar a la luz la relación que hay entre las divisiones de género y las divisiones espaciales, para descubrir cómo se constituyen mutuamente, y mostrar los problemas ocultos tras su aparente naturalidad. Nuestro propósito será examinar hasta qué punto los hombres y las mujeres experimentan de un modo distinto los lugares y los espacios, y mostrar que tales diferencias forman parte de la constitución social tanto del lugar como del género. El propio sentido común nos habla de la existencia de una geografía de las relaciones de género, debido a las enormes variaciones que podemos encontrar de un país a otro, o dentro de un mismo país, en materia de subordinación o de autonomía relativa de las mujeres o del correspondiente poder de los hombres. De igual modo, existe una no menos evidente multiplicidad en la creación social del género, en sus divisiones y en los significados simbólicos asociados a lo femenino y lo masculino. Construir una geografía o geografías del género, como apunta Pollock, «consiste en llamar la atención sobre la trascendencia de conceptos como el lugar, el emplazamiento y la diversidad cultural, conectando los problemas relativos a la sexualidad con la nacionalidad, el imperialismo, la emigración, la diáspora y el genocidio» (1996: XII).

Pero las relaciones de género interesan también a las geógrafas porque las divisiones espaciales —público y privado; dentro y fuera— tienen una importancia fundamental para la construcción social de las divisiones de género. La asignación a la mujer de un lugar concreto no es sólo la base de un amplio abanico de instituciones que van de la familia al puesto de trabajo, o del centro comercial a las instituciones políticas, sino también un aspecto esencial del pensamiento ilustrado occidental, de la estructura y división del conocimiento y de los temas que deben estudiarse dentro de tales divisiones.

Veamos una lista de las distinciones binarias en función del género que, sin duda, nos resultará familiar:

<i>Masculino</i>	<i>Femenino</i>
Público	Privado
Fuera	Dentro
Trabajo	Casa
Trabajo	Recreo-Diversión
Producción	Consumo
Independencia	Dependencia
Poder	Falta de poder

Ésta es sólo una de las posibles listas de oposiciones binarias, pero podríamos encontrar otras muy parecidas en un análisis cualquiera de las instituciones y las relaciones sociales de la Gran Bretaña actual o en los textos explícitamente feministas. Las características y los atributos asociados a la mujer y a lo femenino se consideran «naturales» y, por tanto, no necesitadas de explicación, o triviales y, por consiguiente, no adecuadas para el análisis académico serio. Recordemos, por ejemplo, el tiempo que tuvieron que invertir las economistas y las sociólogas feministas en convencer a sus colegas de que las tareas caseras son «trabajo», como el que se remunera en fábricas y oficinas, y que, por tanto, debían incluirlo en sus análisis (véase Oakley, 1974; Rowbotham, 1989). Tampoco las actividades relacionadas con el ocio y el consumo han tenido importancia para el análisis geográfico hasta hace relativamente poco tiempo (Wrigley y Lowe, 1996).

Descubrir cuál es el papel que desempeñan los lugares comunes relativos al género en la estructuración del pensamiento y del conocimiento mismo tiene una enorme trascendencia, porque ayuda a replantear la división de los géneros y supone, ni más ni menos, que la reconstrucción del cuerpo de conocimientos de Occidente, es decir, una meta que podría ir más allá de la superación de las desigualdades estructurales entre el hombre y la mujer, aunque, naturalmente, una cosa depende de otra.

Veamos ahora un breve resumen de esta reconstrucción del pensamiento, tanto en nuestra disciplina como en términos más generales.

II. Una reflexión sobre el género

Desde el resurgimiento del feminismo a finales de los años sesenta se ha introducido y vuelto a definir el término «género», que, en la actualidad, se emplea en dos sentidos distintos aunque relacionados entre sí. Me serviré aquí de la historia de su uso que ha trazado Linda Nicholson (1995) en su esclarecedor ensayo «Una interpretación del género».

2.1. La distinción entre sexo y género

En primer lugar, el término «género» se utiliza en oposición al término «sexo». Mientras que el segundo expresa las diferencias biológicas, el primero describe las características socialmente construidas. En 1949, Simone de Beauvoir, la gran feminista y pensadora existencialista francesa, planteó un serio desafío al determinismo biológico en su obra *El segundo sexo*, publicada ese mismo año, donde afirmaba que la mujer no nace, se hace.

«No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto» (Simone de Beauvoir, 2000).

La posición de la mujer entre el hombre y el eunuco ha merecido tantas críticas como el carácter etnocéntrico de la obra, pero la idea de la feminidad como creación social tuvo una enorme importancia para el resurgir de la segunda época feminista en Gran Bretaña y Estados Unidos. El renacimiento feminista (en la teoría y en la práctica) de los años sesenta, así llamado para distinguirlo de la «primera época», la de la lucha por el sufragio, se inspiró, entre otros, en el libro de Simone de Beauvoir. La idea de la feminidad como creación social tuvo tal resonancia que se adoptó el término «género» para distinguir la «construcción» de la identidad femenina del sexo biológico de la mujer. Así pues, una gran parte de las feministas contemporáneas han dedicado sus mayores esfuerzos a desmentir las aparentemente inmutables diferencias basadas en el hecho biológico, a minar el pensamiento basado en la diferencia absoluta entre el hombre y la mujer, y a demostrar que la supuesta inferioridad femenina en materia de agilidad mental y fuerza física no responde al fenómeno «natural».

La diferenciación entre género y sexo permite teorizar sobre el primero como creación social o cultural del segundo, al tiempo que lo convierte en materia susceptible de cambios. Otras aportaciones decisivas fueron el concepto antropológico de cultura y la evidente naturaleza intercultural de los roles femeninos y masculinos, aunque incluso en este ámbito se dieron por descontados ciertos procesos «naturales». Como escribieron Ortner y Whitehead en 1981:

Los aspectos naturales del género, y los procesos naturales del sexo y la reproducción, son sólo un telón de fondo, sugerente y ambiguo, de la organización cultural del género y la sexualidad. Qué es el género, qué es un hombre y qué es una mujer, que relaciones existen o deberían existir entre ellos' [...], estos interrogantes no sólo plantean a partir de los «hechos» biológicos reconocidos, sino que son también, y en gran parte, producto de procesos sociales y culturales (pág. 1).

En uno de los artículos mejor conocidos y más influyentes de la segunda época del feminismo, Gayle Rubin (1975) demostró la interrelación de estos procesos a través de lo que denominó el sistema de sexo-género. El sistema consiste en «un conjunto de mecanismos sociales que sirven para transformar la sexualidad biológica en un producto de la actividad humana, y para dar satisfacción a las necesidades sexuales así transformadas» (pág. 159). Mediante tales transformaciones y mediante la regulación social, el «sexo» se convierte en «género». Con una significativa analogía, Linda Nicholson compara este modelo o relación entre el sexo y el género con un «perchero»/El sexo o diferencia biológica sería la estructura básica en la que cada sociedad a lo largo de los distintos periodos históricos ha ido colgando distintas prendas, que son los mecanismos socialmente definidos de las características de género. La gran ventaja de esta distinción estriba en que ha permitido a las feministas criticar la «naturalidad» de las divisiones de género y teorizarlas como hechos susceptibles de cambio. Permitió también plantear las igualdades y las diferencias entre las mujeres, y, para las geógrafas, ayudó a demostrar que las características de género no sólo varían de un país a otro y de una época a otra, sino también en los espacios y las relaciones de la vida cotidiana. Así por ejemplo, en los bares, los clubes, los parlamentos nacionales, los colegios mayores, las oficinas,

etc., varían tanto el uso de los símbolos como las expectativas del comportamiento apropiado para cada género.

2.2. La absorción del sexo por el género

En un segundo y posterior uso, el «género» no se distingue ya del sexo, porque el primer término absorbe al segundo. Nicholson (1995) cita el análisis de Joan Scott sobre esta segunda definición del género en *Gender and the Politics of History*.

Por tanto, el género es la organización social de la diferencia sexual, lo cual no significa que refleje unas diferencias naturales e inmutables entre el hombre y la mujer; por el contrario, el género sería aquel pensamiento que dota de significado a las diferencias anatómicas [...] Sólo podemos entender las diferencias sexuales como una función de nuestro pensamiento sobre el cuerpo, un pensamiento que nunca es puro, porque no se puede aislar de su relación con un amplio número de contextos discursivos (Scott, 1988: 2).

De este modo, se desmiente el fundacionalismo biológico de la primera perspectiva sobre las diferencias de género, y los atributos de la diferencia sexual supuestamente aplicables en una dimensión universal se revelan como lo que son: «Hechos específicos de la cultura occidental o de ciertos grupos concretos de esa misma cultura» (Nicholson, 1995: 42). Este planteamiento significa lo siguiente:

No podemos establecer a partir del cuerpo los supuestos culturales de la distinción hombre-mujer [...] las diferencias lo recorren todo [...] y no sólo tienen que ver con los fenómenos que la mayoría asociamos al género (por ejemplo, los estereotipos culturales de la personalidad y el comportamiento), sino también con las distintas formas de entenderlo culturalmente y con lo que significa ser hombre y ser mujer (pág. 43).

La idea de cuerpo queda, pues, expuesta al análisis y a la teorización no como una constante, sino como un hecho variable. En el capítulo siguiente abordaremos los trabajos más recientes sobre la materia.

III. El patriarcado, los regímenes de género y la negociación entre los géneros

En los primeros trabajos de las geógrafas feministas, entre otros estudios, el género se ha definido y analizado sobre todo en el primer sentido, haciendo hincapié en el hecho de que las actuaciones sociales materiales producen unas relaciones de género desiguales. El concepto de patriarcado ha tenido una enorme importancia por su utilidad para vincular el género a la clase y para construir una teoría sobre las razones de la opresión femenina en una amplia muestra de sociedades. En general, el término patriarcado significa la ley del padre, el control social que ejercen los hombres en cuanto padres sobre sus esposas y sus hijas. En el sentido más específico de los estudios feministas, el patriarcado es aquel sistema que estructura la parte masculina de la sociedad como un grupo superior al que forma la parte femenina, y dota al primero de autoridad sobre el segundo. Las sociedades industriales avanzadas presentan numerosas formas de estructurar y reforzar la superioridad y el control de los hombres sobre las mujeres; por ejemplo, a través del ordenamiento jurídico, de los impuestos, del sistema de seguridad social y del comportamiento cotidiano.

Si tomamos el ejemplo del ordenamiento jurídico, vemos que la mujer británica tuvo un estatus legal dependiente durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el XX, ya que su vida y sus propiedades estaban en manos del padre o del marido. Hasta 1885, año en que se aprobó la Married Women's Property Act, la mujer perdía todas sus posesiones, a favor del marido, al contraer matrimonio. El voto femenino no fue posible hasta después de la Primera Guerra Mundial; hasta 1948 no hubo mujeres entre los miembros de pleno derecho de la universidad de Cambridge; no existió el aborto legal hasta 1967, ni tampoco el acceso a la financiación hipotecaria sin aval masculino hasta la década de los setenta.

En su obra *Theorizing Patriarchy* (1990), Walby afirma que las relaciones patriarcales en las sociedades industriales avanzadas se construyen y se mantienen gracias a seis estructuras analíticamente separables, en las que los hombres dominan y explotan a las mujeres: la producción doméstica (los hombres se apropian del valor del trabajo doméstico no remunerado); las relaciones patriarcales en el trabajo remunerado (las mujeres quedan relegadas a las ta-

reas peor pagadas); las relaciones patriarcales en el plano del Estado (los hombres dominan las instituciones y elaboran una legislación claramente desventajosa para las mujeres); la violencia machista; las relaciones patriarcales en el terreno de la sexualidad (los hombres controlan el cuerpo femenino); y las relaciones patriarcales en las instituciones culturales (los hombres dominan tanto la producción y la forma de los distintos medios como las representaciones que éstos ofrecen de la mujer).

La crítica al patriarcado ha pecado de generalismo. En las primeras teorizaciones, el patriarcado se consideraba un aspecto universal de las relaciones entre el hombre y la mujer, de modo que no parecía quedar margen para ningún cambio, ni mucho menos para un intento de liberación por parte femenina. La distinción que establece Walby entre sus seis estructuras evita en parte esa generalización, porque adjudica formas específicas a las relaciones patriarcales en cada rula de las seis esferas que formula, pero incluso esa formulación ha recibido acusaciones de generalización y etnocentrismo (se basa en las sociedades de capitalismo avanzado). Walby también ha recibido críticas por haber ignorado la vinculación entre las relaciones de género y otras divisiones sociales, tales como las que se basan en la etnia, la edad y las orientaciones sexuales diferentes.

En sus últimas formulaciones, Walby acepta las críticas y mantiene la idea de las estructuras interrelacionadas, aunque plantea que esas estructuras o conjuntos de relaciones se conectan de distinta forma en función del lugar y la circunstancia. Sustituye el término «patriarcado» por el concepto de «régimen de género», formado también por los seis grupos de relaciones. Walby distingue dos regímenes principales en las sociedades industriales avanzadas: el régimen doméstico, caracterizado por relaciones patriarcales de índole privada; y el régimen público, dominado por las relaciones patriarcales en ese ámbito. Oigamos cómo describe ambos regímenes:

El régimen doméstico de género se basa en la producción doméstica como principal estructura y lugar del trabajo femenino, donde se explota su trabajo y su sexualidad, y en la exclusión de las mujeres de la vida pública. El régimen público de género no excluye a las mujeres del ámbito colectivo, pero las subordina dentro de las estructuras del trabajo remunerado y del Estado, mediante la cultura, la sexualidad y la violencia. La vida doméstica

no deja de ser una estructura importante de la forma pública, pero nunca es la principal. Los beneficiarios de la versión doméstica son en primer lugar los maridos y los padres de las mujeres que están en casa, mientras que en la versión pública se produce una apropiación más colectiva. En su forma doméstica, la principal estrategia del patriarcado es la exclusión de las mujeres del terreno público; en la forma pública, es la segregación y la subordinación. Pero en ambos casos comprobamos la importancia de las seis estructuras, aunque éstas se relacionan entre sí de un modo distinto. Para comprender cualquier régimen de género es imprescindible comprender primero que el género y las relaciones étnicas y de clase se estructuran mutuamente (Walby, 1997: 6).

Pese a la distinción analítica que establece entre sus estructuras, Walby reconoce que coexisten con frecuencia y que las mujeres se encuentran implicadas en ellas a distintos niveles.

Las distintas formas del régimen de género coexisten como resultado de la diversidad de las relaciones del género con las derivadas de la edad, la clase, la etnia y la región. [En Gran Bretaña] las mujeres mayores se hallan insertas en el régimen doméstico en mayor proporción que las jóvenes. Aquellas mujeres cuyas ocupaciones las sitúan en los grupos socioeconómicos más altos están más cercanas a la forma pública. Las mujeres que han nacido en familias de Paquistán o Bangladesh se encuentran dentro de la forma doméstica, mientras que las mujeres negras de ascendencia caribeña pertenecen más al ámbito público que las blancas (pág. 6).

Según mi opinión, estos regímenes distintos, compuestos de estructuras separadas pero conectadas entre sí, resultan analíticamente útiles para distinguir las cambiantes relaciones de género, especialmente desde que Walby ha incluido las diferencias étnicas y de clase en su última formulación. En los capítulos que siguen examinaré muchas de las áreas y relaciones sociales que aborda Walby, centrándome, por ejemplo, en las relaciones sociales dentro de la casa, y en el papel que desempeñan las relaciones sociales del puesto de trabajo en la construcción de las relaciones de género cuando se trata de un sistema capitalista.

La reciente sustitución que ha realizado Walby del patriarcado por el concepto mucho más matizado de regímenes de género acerca su obra a la de otro importante teórico de las relaciones de género me refiero a Robert Connell, que ha ejercido un fuerte influjo en los estudios feministas, quizá por haber sido uno de los primeros autores en analizar la construcción social de la masculinidad (Connell, 1987, 1995). También él considera útil el concepto de régimen de género, y, como Walby, subraya el cambio y la variedad en sus estructuras. Connell escribe desde una perspectiva gramsciana (Gramsci analizó los aspectos no coercitivos del poder, que operan a través de la cultura, en oposición a las formas más directas y brutales de dominación). En contraste con Walby, que teoriza sobre la coerción y el dominio que ejerce el hombre sobre la mujer en la línea de Marx cuando habla de la opresión de clase, Connell se interesa por las formas de acuerdo y satisfacción cultural, así como por los múltiples modos de creación y mantenimiento de las relaciones de género.

Aunque Connell sostiene que cada sociedad se caracteriza por un régimen de género dominante o hegemónico, que se mantiene relativamente estable a lo largo del tiempo, afirma también la posibilidad de que coexista con otros regímenes opuestos que transgreden los valores establecidos respecto al género y la sexualidad y preparan la vía hacia el cambio. De este modo, supera la crítica al patriarcado como un sistema omnipresente y, al parecer, inasequible al cambio. Por otro lado, afirma que las ideas sobre la sexualidad y los papeles atribuidos a cada género no sólo se sostienen a fuerza de poder y opresión, sino gracias a la satisfacción que encuentran los sujetos en su posición dentro de un régimen de género determinado. Este planteamiento le acerca a la argumentación de aquellas feministas que comienzan a reconocer el hecho de que la creación social de la feminidad proporciona satisfacción e incluso placer a las mujeres, tomadas individualmente (véase, por ejemplo, Coward, 1984).

Los regímenes de género, según Connell, consisten en tres grupos de estructuras, frente a los seis de Walby. Connell distingue relaciones de «a) poder, b) producción, y c) *cathexis* (dependencia emocional)» (1995: 73-4). Por tanto, si, además del dominio impuesto por la fuerza, tal como sostiene Walby, adoptamos el planteamiento de Connell, será más fácil comprender las razones que llevan a los individuos, especialmente a las mujeres, a aceptar,

incluso de buena gana, y defender su situación en el sistema de relaciones patriarcales, lo que antes las feministas mencionaban en tono desaprobador bajo la etiqueta de «connivencia femenina con el patriarcado». Veamos con mayor detalle el modelo tripartito con el que Connell distingue poder, producción y *cathexis*:

a) Relaciones de poder. El eje principal del poder en el orden de género, tanto en América como en Europa, es la absoluta subordinación de la mujer al dominio masculino, es decir, a la estructura que el Movimiento de Liberación de la Mujer denomina patriarcado. Esta estructura sobrevive en términos generales, a pesar de que en algunas facetas la situación se ha dado la vuelta (por ejemplo, las mujeres que se convierten en cabeza de familia o las maestras que enseñan a estudiantes varones), y a pesar también de las variadas formas de resistencia que actualmente canaliza el feminismo.

b) Relaciones de producción. Las divisiones de género más comunes en el ámbito del trabajo afectan al reparto de las tareas, que a veces alcanza un detallismo extraordinario [...] La misma atención merecen, también en el terreno laboral, las consecuencias económicas de la división del trabajo, es decir, los beneficios que recogen los hombres a partir de una desigual distribución del producto del trabajo social. Este apartado se analiza casi siempre como desigualdad salarial, pero no debemos olvidar que también el capital tiene carácter de género. Una economía capitalista que funciona a través de la división de género en el trabajo es, necesariamente, un proceso de acumulación basado en el género. Por tanto, el hecho de que sean los hombres quienes controlan la mayor parte de las grandes empresas y las grandes fortunas privadas no es un accidente estadístico, sino un aspecto de la creación social de la masculinidad. Aunque parezca poco verosímil, la acumulación de riqueza se halla estrictamente vinculada al terreno reproductivo a través de las relaciones sociales de género.

(Aquí cabría destacar el interés que, de cara a la herencia, demostraron siempre las clases capitalistas en el matrimonio endogámico y la legitimidad de los hijos, En este hecho se basó Engels para analizar el dominio que se ejerce sobre la mujer dentro de la familia, anticipándose en más de un siglo, al trabajo de Connell.)

c) *Cathexis*, El deseo sexual se considera un hecho tan natural que suele excluirse de las teorías sociales, pero cuando consideramos el deseo en el sentido freudiano, como energía emocional que se fija en un objeto, su carácter de género se hace patente, y esto vale tanto para el deseo heterosexual como para el homosexual. Así, pues, las actuaciones sociales que conforman y realizan el deseo son otros tantos aspectos del orden de género. A este tenor podríamos plantearnos ciertos interrogantes políticos sobre las relaciones: ¿Son consensuadas o coercitivas?, ¿Se da y se recibe equitativamente el placer? En los análisis feministas de la sexualidad estas preguntas son imprescindibles para conocer los vínculos de la heterosexualidad con la posición predominante del hombre en la sociedad (Connell, 1995: 74-5).

Vemos, pues, que existen coincidencias muy claras entre el modelo de Walby y el de Connell. Ambos tienen su origen en las teorías marxistas y ambos subrayan las relaciones sociales de producción y reproducción. Si comparamos las estructuras quinta y sexta de Walby –sexualidad y cultura– con la *cathexis* de Connell, comprobamos que el poder aparece en este último como una estructura aparte, pero sostiene las restantes estructuras, mientras que en el caso de Walby la autora reconoce el poder en el terreno de la producción y reproducción, pero ,identifica su manifestación concreta en la violencia masculina contra las mujeres, como una estructura aparte.

A mi parecer, el principal fallo del análisis de Walby es que no explica las razones del apego de la mujer a un hombre: particular o a un orden o régimen de género concreto, Connell, por su parte, lo capta mejor, gracias a su concepto de dependencia emotiva, pero creo que no destaca lo suficiente los casos en que la mujer no puede elegir y no le queda otro remedio que «aceptan» el orden de género dominante. Por esta razón pretendo introducir ahora una tercera vía para comprender los regímenes de género. Al contrario que Walby y Connell, cuyos trabajos se basan en ejemplos tomados de las sociedades industriales avanzadas, Deniz Kandiyoti, en un artículo publicado en 1988, se centra expresamente en las sociedades no europeas. Kandiyoti demuestra un gran interés no sólo por distinguir las estructuras patriarcales a una escala geográfica muy amplia (por ejemplo, el patriarcado africano del asiático), sino también por explorar las razones que llevan a la mujer a no rebelarse contra el sistema patriarcal, y, para ello, vuelve la mirada a las estruc-

turas familiares en las que las esposas y las viudas dependen de las relaciones patriarcales de parentesco, concluyendo que su interés por apoyar el sistema reside en que va en ello su supervivencia a largo plazo y su bienestar material, aun cuando suponga la opresión para ellas y para sus hijas.

Kandiyoti insiste en que las mujeres que viven bajo esas dos grandes formas de patriarcado ocupan un puesto subordinado pero no necesariamente servil. Pueden trabajar dentro del sistema y hasta cierto punto subvertir las relaciones de patriarcado, de modo que, como Connell, e incluso como Walby en su último trabajo, Kandiyoti reconoce posibilidades de cambio en el régimen de género. Los tres autores insisten en los conceptos de variedad y complejidad, tanto por las múltiples formas en que las relaciones de género producen desigualdades entre el hombre y la mujer como por el número de razones y de fines que pueden inspirar el cambio, e insisten también en la relación entre género, posición de clase y orígenes étnicos. En su libro, *Masculinities* (1995), Connell muestra, por ejemplo, que la idea que los hombres blancos tienen de sí mismos se construye en relación con un concepto idealizado de la masculinidad negra y en oposición a la feminidad blanca (Lynn Segal, 1990, en *Slow Motion* defiende lo mismo), y llega a la conclusión de que las ideas establecidas sobre la feminidad y la masculinidad varían de acuerdo con la clase, la «raza», la época, el país o el continente.

Por tanto, el concepto de regímenes dominantes y oponentes, en sí mismo complejo y variable, nos proporciona un modo útil de investigar la diversidad geográfica de las relaciones de género, del que me serviré en los últimos capítulos. Mi propia indagación empírica, como las de Walby y de Connell, junto con mis lecturas durante su desarrollo, se ha basado en los estudios de casos pertenecientes a las sociedades industriales avanzadas, tal como se reflejará en esta obra. En ciertos momentos introduciré casos estudiados por otros autores en otras sociedades, pero temo que mi conocimiento en ese ámbito sea demasiado limitado para brindar al lector comparaciones globales entre el «norte» y el «sur».

Una última palabra sobre el enfoque estructural antes de emprender nuestro viaje por la historia de las teorías feministas. La consideración del patriarcado y los regímenes de género como un conjunto estructurado de desigualdades se ha visto atacada recientemente desde las rillas del posmodernismo y el deconstructivismo con argumentos sobre la obsolescencia de

las categorías de «hombre» y «mujer» (volveré sobre ello con mayor detalle más adelante) y la imposibilidad de comprender la diversidad y la diferencia a través de las «(grandes teorías)». Sin embargo, creo, con Walby, que no hace falta renunciar a ideas de amplio espectro como las relaciones estructuradas para establecer teorías sobre hechos complejos. Las tres teorías que acabamos de ver reconocen la complejidad de la relación del género con la clase, la edad, la etnia y otros factores tales como la sexualidad, pero desde el momento en que las mujeres, como grupo, están claramente subordinadas a los hombres, como grupo, y éstos las dominan en unas relaciones desiguales, me parece que debemos mantener las teorías sobre las desigualdades estructurales entre grupos sociales. Por muy fluida y muy variada que resulte la creación social de la feminidad y la masculinidad, aún es práctica habitual creer que una de esas creaciones es inferior a otra y que, por tanto, los hombres, como grupo, están implicados en el dominio sobre las mujeres.

IV. Diversidad, diferencia y deconstrucción

De lo que acabamos de ver, el lector puede deducir con toda claridad que las relaciones de género «son, básicamente, relaciones de poder, desiguales y jerárquicas, y no meras dicotomías o relaciones simétricas y complementarias, como pretenden las categorías del pensamiento común» (De Almeida, 1996: 8). Existen múltiples formas de «crear el género» (West y Zimmerman, 1987), de ser hombre y mujer. Tantas y tan opuestas como las versiones hegemónicas de la feminidad y la masculinidad. Tienen su especificidad geográfica e histórica, y varían en un amplio abanico de escalas espaciales. El propio género es ya objeto de estudio como una variable entre otras o, por mejor decir, como un hecho que se constituye en mutua relación con la clase y la etnicidad (Brewer, 1993; Davis, 1981; Giddings, 1984; Kobayashi y Peake, 1994; Malson et al., 1990; Mirza, 1997; Peake, 1993).

Pese a esta aceptación de la variedad y las diferencias entre las mujeres, un grupo de críticos, influidos especialmente por la teoría postestructural y poscolonial, comenzaron a deconstruir desde la década de los setenta el concepto de género como creación absolutamente estable, partiendo de la crítica de las feministas negras al protagonismo de la mujer blanca en la mayoría de

los estudios y en la práctica política del feminismo. Por ejemplo, en el marco de la lucha política por el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo, el acceso gratuito a los métodos anticonceptivos y el aborto fueron siempre demandas fundamentales, pero muchas mujeres de color, esterilizadas contra su propia voluntad, consideraban más importante el derecho a ser fértiles y tener hijos. De igual modo, las lesbianas señalaban el carácter implícitamente heterosexual de gran parte de los trabajos feministas de investigación, y pedían la inclusión de los problemas relacionados con la sexualidad «alternativa». La crítica adquirió cada vez más fuerza gracias al rápido aumento de los trabajos de gays y lesbianas durante la década de los ochenta (Craig, 1992; Fuss, 1990; Herdt, 1992; Kimmel, 1988; Sedgwick, 1990; Simpson, 1994; Weeks, 1986).

Por su parte, las feministas influidas por la teoría posmoderna denunciaron que, pese a la crítica del primer feminismo al pensamiento ilustrado, en tanto que reflejo de una concepción del mundo masculina y burguesa, el feminismo actual continuaba manteniendo esa concepción centrada en el sujeto y defendiendo una visión idealizada del progreso social. En un intento de incluir las voces de los desposeídos -un abigarrado conjunto de «otros- en el discurso académico, se discutieron ciertas ideas establecidas (lo que Haraway (1991) llamó «la perspectiva desde ninguna parte»). Algunas críticas poscoloniales como Gayatri Spivak (1988) y Chandra Talpade Mohanty (1991), y las mujeres de color, entre ellas bell hooks (1982), obligaron a las blancas a revisar el sujeto femenino que aparecía en sus obras, a incluir en sus teorías la complejidad de las identidades de raza y a escribir desde su situación concreta, es decir, no como la «Mujer», sino como las mujeres blancas que eran. Nace entonces un nuevo tipo de estudio feminista, que investiga la «racialización» de la mujer blanca. Vron Ware (1992), por ejemplo, ha estudiado la situación de las mujeres blancas en la India imperial, y Ruth Frankenberg (1993) ha indagado en sus propias ideas y las de otras mujeres de su etnia sobre el racismo durante su periodo de crecimiento como jóvenes blancas en los Estados Unidos de la posguerra.

A esta variedad de puntos de vista vino a sumarse un problema de mayor trascendencia, a medida que las feministas conocían la literatura psicoanalítica y la obra de Michael Foucault. Se llegó entonces a una nueva teorización, en la que el sujeto se hizo contingente y relacional. Este dejó de ser esa iden-

tividad fija y estable que encontramos en el mundo de las relaciones sociales, con su correspondiente género, para convertirse en algo siempre fluido y provisional, en continua conversión. El género se crea y se mantiene a través de un discurso y de unos actos cotidianos. Podríamos agrupar, las distintas versiones de esta tendencia bajo la etiqueta de feminismo deconstructivo, sobre el cual volveré con mayor profundidad en el próximo capítulo. Antes, sin embargo, diré que cuestiona la distinción dicotómica de la diferencia sexual y la división bipolar de los atributos de género. Donna Haraway, por ejemplo, sostiene que «en lo que se considera “femenino” no hay nada que se ajuste naturalmente a la mujer. La propia “feminidad” no es más que un conjunto extremadamente complejo de categorías creadas en el ámbito de un discurso científico sexual, entre otras actuaciones sociales» (1991: 155).

Una de las teóricas más importantes del nuevo análisis feminista del género, Judith Butler, apartándose en cierto modo de Haraway, afirma que los cuerpos sexuados se crean como tales a partir del punto de vista de un género ya dicotomizado —es decir, se da por sentado que existen los dos géneros: el hombre y la mujer— y que el discurso científico y médico consolida la misma identificación para los cuerpos. Según Butler (1990a, 1993), esa construcción se mantiene a lo largo del tiempo gracias a lo que llama comportamiento de género, por el cual la ficción reguladora que representa la heterosexualidad obliga a la mayoría de las personas a comportarse conforme a las normas hegemónicas que definen los roles masculinos y femeninos en cada contexto societal específico. No obstante, cree en la posibilidad de destruir esa creación discursiva o convencional del género bipolar con comportamiento subversivos, entre los que destaca el fenómeno del travestismo. Aunque analizaré estos argumentos con más detalle en el capítulo próximo, adelanto aquí que han planteado preguntas trascendentes sobre la materialidad y la realidad del cuerpo. Comentando estos debates, Caroline New (1997) ha realizado recientemente un intento de devolver la dimensión «real» a la creación discursiva del cuerpo sexuado.

Afirmo que la diferencia sexual es una realidad, aunque no meramente dicotómica. Sin embargo, no podemos considerar una casualidad que los seres humanos hayan podido dicotomizarla con mayor o menor éxito: las diferencias sexuales tienen, en efecto, una distribución bipolar, como muestran los

estudios evolucionarios de la sexualidad. Las capacidades y las incapacidades masculinas y femeninas existen realmente, aunque su concreción en los casos particulares depende de todo el contexto causal (New, 1997: 179).

Por mi parte, estoy de acuerdo con el espíritu de las palabras de New, que, de hecho, presenta una gran afinidad con los conceptos realistas de ciencia que tanta importancia han tenido para nuestra disciplina, aunque no acepto su atribución de la causalidad al contexto. A mi parecer, las relaciones del sexo con el género son histórica y espacialmente contingentes, aunque, como observa New, los cambios biológicos evolucionarios afectan a la diferencia sexual «real». Por tanto, el significado de ser hombre o mujer depende de un contexto, y es relacional y variable, aunque se halle siempre sometido a las leyes y regulaciones de cada época, que establecen lo que está permitido y lo que puede ser un acto transgresor. Por eso, el género, como defiende Lind Alcoff, una politóloga feminista, «no es el punto de partida, en el sentido de una identidad establecida, sino un principio o construcción, formalizable de modo no arbitrario a través de una matriz de hábitos, prácticas y discursos» (1988: 43).

La nueva teoría del género como construcción discursiva y ficción relacional ha sido muy fructífera. En los estudios relativos al puesto de trabajo, por ejemplo, ha facilitado la respuesta a un gran número de preguntas sobre las distintas culturas laborales (cómo se construyen las identidades de género mediante las interacciones cotidianas en el trabajo) y, lo que es muy importante, ha proporcionado una posibilidad de denunciar la desigualdad de las relaciones de género. El reconocimiento de la diversidad y las estrategias de oposición a las ideas establecidas posibilitan un análisis de la subordinación de la mujer en el puesto de trabajo mucho más matizado que el concepto global de dominación patriarcal, e introducen además nuevas vías de investigación sobre la gestualidad, el lenguaje y la presentación del cuerpo (Halford *et al.*, 1997; McDowell, 1997a; Tannen, 1994).

El nuevo estímulo para conceptualizar el género como un hecho fluido ha venido de la mano de las recientes tecnologías de la reproducción o la cirugía reconstructiva: Es como si el género se hubiera liberado de los imperativos del cuerpo o, más precisamente, se hubiera definido de nuevo. El control de la reproducción, por ejemplo, desde la fertilización *in vitro* a los

tratamientos de fertilidad o el alquiler de madres, han hecho del género y la sexualidad algo cada vez más fluido y maleable, casi como una elección, como un aspecto más de la identidad personal. Las mujeres son «libres» de convertirse en madres después de la menopausia o de rehacerse el cuerpo a su gusto, al parecer, con la sola limitación del precio. Es como si hubiéramos llegado, en palabras de la antropóloga feminista Marilyn Strathern (1992), a una época «posterior a la Naturaleza», en la que los tradicionales lazos de sangre, de matrimonio y de parentesco hubieran pasado a ser algo casi irrelevante para la reproducción y la vida familiar.

El éxito del giro «cultural» o deconstructivo del feminismo ha consistido en situar sus ideas sobre la especificidad y la singularidad justo en el centro de un nuevo trabajo comparativo. En este sentido podemos pretender, no sin justicia, a mi modo de ver, que las cuestiones geográficas ganen importancia para los estudios feministas. Esta pretensión no viene sólo del ámbito de la geografía (véase, por ejemplo, Katz y Smith, 1993), sino también de otras disciplinas (véase, por ejemplo, la obra que escribió, en 1996, Kirby, que se dedica a la enseñanza del inglés). En todos estos casos se subraya la importancia del lugar, el emplazamiento y la posición de la persona que habla, los modos de escuchar y de interpretar las voces marginales que hemos ignorado con frecuencia (McDowell, 1992a, 1992b). Las nuevas teorías sobre el sujeto y la deconstrucción de las identidades estables plantean, sin embargo, nuevas dudas sobre la posibilidad de una política y una investigación específicamente feministas. Si ya no existe la categoría estable «mujer», ¿cómo reivindicar sus derechos?

«Son muchas las feministas que han sopesado las consecuencias de este di lema (Fox-Genovese, 1986; Grosz, 1994; Mascia-Lees *et al.*, 1989; McDowell, 1991b). Oigamos, a este propósito, la voz representativa de Linda Alcoff: «¿Qué pedir en nombre de una “mujer” que no existe? ¿Qué lograrían las reivindicaciones sino reforzar el mito de su existencia? ¿Cómo exigir el aborto legal, los medios para una adecuada protección de la infancia o la igualdad salarial, sin recurrir al concepto de “mujer”?» (1988: 420). No hay duda de que se trata de problemas peliagudos, pero yo no los considero insolubles. Nuestra obligación como científicas sociales es descubrir y analizar las estructuras y los procesos mediante los cuales se crean las distinciones y se sitúa a los seres humanos en grupos sociales cuyas relaciones son desiguales.

En las sociedades capitalistas contemporáneas —y con el siglo XX a punto de acabar parece que el capitalismo triunfa en un número cada vez mayor de países— los seres humanos están divididos en clases sociales con oportunidades radicalmente distintas, y, por otro lado, las actitudes racistas y la discriminación racial cierra las puertas a muchas personas de color. Como ya he sostenido en la introducción y trataré de analizar con más detalle en los restantes capítulos, las mujeres, como grupo, tienen muchas menos oportunidades que los hombres, como grupo, e incluso existen sociedades en las que se les niega posibilidad de educación. Prácticamente en todas, las mujeres ganan menos que los hombres y apenas tienen relación con las fuentes de riqueza. Aunque no abrigo la menor intención de pintar a la mujer como una víctima, no puedo dejar de constatar su sometimiento a formas concretas de dominación y violencia. En tales circunstancias, mientras no desaparezcan las diferencias que las discriminan —diferencias de clase y etnicidad, por ejemplo, y de lugar en distintas regiones—, las mujeres tendrán que seguir hablando como mujeres y proclamando la idea de un futuro mejor. Como afirma Nancy Fraser: «Las feministas necesitan tanto la deconstrucción como la reconstrucción; desestabilización de la ideología y proyección de una esperanza utópica» (1991: 175).

V. Las feministas y la geografía

Como ya ha quedado establecido, los seres humanos, el conocimiento y las instituciones sociales se hallan sujetos a unas divisiones desiguales de género que, a su vez, los definen. Sean cuales sean las variaciones entre los hombres y el alcance (a veces enorme) de los cambios que ha experimentado la condición femenina de unas décadas a esta parte, los hombres, como grupo, continúan siendo mayoría en la base del poder de las sociedades contemporáneas, y esto vale también para las instituciones académicas. A pesar de aquel período decisivo para los estudios feministas que se extendió de comienzos de los setenta a finales de los noventa, y de los enormes cambios en el ámbito de la geografía, que transformaron la naturaleza misma de la disciplina y su forma de relacionarse con el «mundo real», las jefaturas de los departamentos y las cátedras de los comités decisivos siguen en manos de hombres. El

enorme aumento en términos comparativos de mujeres licenciadas (mayoría desde hace unos años en mi propio departamento) no se corresponde (¿aún?) con un aumento similar en la enseñanza y la investigación profesional, aunque cada vez hay más mujeres entre los últimos nombramientos de jóvenes aspirantes en los departamentos ingleses de geografía. Pero entre los grupos de más edad, las mujeres escasean —en Gran Bretaña sólo hay catedráticas en cuatro departamentos de geografía—, y la investigación geográfica a este nivel continúa en manos de los hombres, aunque algunos de ellos (pocos) se muestran tan interesados en las cuestiones relacionadas con la diferenciación geográfica de la feminidad y la masculinidad como muchas geógrafas. Naturalmente, no todas las mujeres se interesan por las cuestiones del género, y sería un grave error, no sólo creerlo, sino pensar que los problemas del «género» son problemas de mujeres. Con todo, me interesa que haya quedado absolutamente claro en las páginas anteriores que los hombres también tienen género.

Los orígenes de la organización feminista en el ámbito de la geografía, por lo menos en el mundo de habla inglesa, datan de los años setenta. Desde el principio se abordaron las dos facetas: una indagación de las geografías del género, y, siempre que fue posible, una actuación alternativa. Así pues, cuando en 1979 se creó, dentro de la asociación profesional británica, el Institute of British Geographers (hoy fundido con la Royal Geographical Society), su doble finalidad fue tanto el estudio teórico de los problemas de género como el compromiso de promocionar a las mujeres dentro de las instituciones académicas. Un compromiso político mayor quizá hubiera asustado en aquel momento al *establishment* geográfico, dejando aparte el hecho de que nosotras mismas lo rechazamos por excesivamente utópico, y, por otra parte, el idealismo de la hermandad universal de las mujeres no resistió la evidencia, cada vez más reconocida en los años ochenta, de las diferencias y las distancias que nos separan también a nosotras. Si las divisiones de clase, etnia, edad y preferencias sexuales, entre otras, hicieron imposible hablar en nombre de todas las geógrafas, qué decir cuando se trata de las mujeres en general.

El compromiso con un proyecto político, no obstante, fue siempre una de las principales finalidades. Los grupos feministas formados por geógrafas en las universidades de Estados Unidos y Canadá también declaraban explí-

citamente su intención de promocionar a las mujeres en el ámbito académico, y durante varios años se realizaron estadísticas para seguir de cerca el movimiento de las mujeres en los puestos institucionales (McDowell y Peake, 1990; Momsen 1980; G. Rose, 1993). Existe en la actualidad un pequeño grupo de feministas declaradas en posiciones de poder, con cátedras de geografía, por ejemplo, en Gran Bretaña, Estados Unidos, Australia y Canadá, pero aún son pocas. Aunque, como ya he apuntado, las estudiantes, al menos en Gran Bretaña, dominan la disciplina al nivel de no licenciadas, la proporción entre los graduados sigue siendo de dos a uno a favor de los hombres. Se ha dicho que la estructura y la práctica de nuestra disciplina tienen algo irremediabilmente masculino; en otro contexto, Cosgrove lo denominó «una disciplina de pelo en pecho» (Cosgrove, 1993). En su compromiso con los ideales ilustrados de pensamiento racional y abstracto (véase G. Rose, 1993), la geografía no es, sin duda, distinta a las ciencias sociales o a otros tipos de ciencia, pero quizá sea su relación con los descubrimientos, exploraciones e imperios (Driver, 1992; véase también Stoddart, 1986, y Livingstone, 1992, sobre los orígenes de la geografía), que comparte con la antropología, lo que atraiga de un modo especial a los hombres.

Desde finales de los años setenta se ha producido un acusado aumento de los estudios feministas en la materia, por lo menos han crecido de modo espectacular los trabajos sobre la dominación masculina, y debo decir que ha ocurrido en un tiempo muy breve. En la actualidad se dispone de un grupo de actividades relacionadas con los estudios geográficos feministas: nuevas asignaturas en muchos departamentos, una nueva publicación –*Gender, Place and Culture*– y un número cada vez mayor de ponencias en otras publicaciones (véanse los cambios en *Society and Space*, por ejemplo), nuevos libros (Gregson y Lowe, 1994; Hanson y Pratt, 1995; Massey, 1994; G. Rose, 1993), conferencias (McDowell y Sharp, 1997) y colecciones (Jones III *et al.*, 1997; Women and Geography Study Group 1984, 1997); y las series de *International Studies of Women and Place* (las editoras generales son Janice Momsen y Janet Monk). No menos rápido ha sido el crecimiento de los grupos feministas en las asociaciones profesionales de varios países, especialmente entre las mujeres más jóvenes. No obstante, conviene aclarar que, por lo menos en Gran Bretaña, las pioneras fueron mujeres que habían iniciado sus estudios superiores en la década de los sesenta y que ejercieron una fuerte

influencia en los primeros años, lo cual, naturalmente, no debe sorprender a nadie, dado que fue la época del movimiento feminista y de otras luchas políticas radicales. El feminismo, el antirracismo, el pacifismo y los movimientos estudiantiles se hallaban en pleno auge a finales' de los sesenta.

Ciertos atisbos de la historia de esas mujeres y las razones que las llevaron a interesarse por la geografía feminista aparecen en numerosos escritos. Yo misma entrevisté a Susan Hanson para el *Journal of Geography in Higher Education* en 1993 (McDowell, 1994a), y Susan Hanson y Janice Monk, coautoras de uno de los primeros estudios feministas editados en una publicación estadounidense (Hanson y Monk, 1982), han escrito introducciones, especialmente personalizadas en el caso de Monk, en la nueva colección americana *Thresholds in Feminist Geography* (Jones III *et al.*, 1997). La reflexión sobre su vida y sobre los cambios que ha experimentado la geografía, me llevó a examinar mi propio compromiso con los estudios feministas, y llegué a la conclusión de haber sido feminista durante toda mi vida, aunque no tuviera conciencia de ello durante mis primeros veinte años o no hiciera coincidir después, durante algún tiempo, mi trabajo académico con mis ideas políticas. Crecí en una familia de tres hermanas, donde nuestros padres «trabajaban», ambos cocinaban y se ocupaban de la limpieza de la casa. Creo que no me daba plena cuenta de hasta qué punto mi casa era una excepción, porque el hecho de que mi mejor amiga del colegio recibiera de sus padres un trato muy diferente al que daban a su hermano mayor me producía una enorme perplejidad.

Ann Oakley (1985) ha destacado la importancia que tuvo para muchas mujeres comprometidas desde finales de los sesenta y durante toda la década de los setenta, el momento que ahora se conoce como segunda época feminista, el hecho de haber crecido entre hermanas o haber acudido a institutos femeninos, y mi caso no es una excepción. En efecto, después de acabar los estudios de secundaria en una institución donde sólo estudiaban niñas, pasé tres años en Newnham, un *college* femenino de Cambridge, donde el predominio de las mujeres neutralizaba la atmósfera singularmente masculina del departamento de geografía en aquella universidad y en aquella época (finales de los sesenta y principios de los setenta), donde no había una sola mujer entre el profesorado. Hasta que me trasladé a estudiar a Londres no fui consciente del predominio masculino, ni me vi afectada por ello. En aquel mo-

mento había muy pocas estudiantes y aún menos profesoras en el University College de Londres. Por fortuna, durante mi carrera académica nunca fui la única en ninguno de los departamentos para los que trabajé (aunque durante mis tres primeros años como profesora éramos sólo dos mujeres), y he disfrutado también de apoyo, como miembro que soy del Women and Geography Study Group desde 1979.

Este grupo ha publicado recientemente una segunda obra editada sobre la geografía feminista (1997). Participé en la primera (1984), cuando el trabajo reflexivo, ahora mucho más común, apenas afectaba a la disciplina. Elegimos deliberadamente el anonimato dentro del grupo que produjo los primeros estudios publicados de geografía feminista, y no (me molesta tener que aclararlo) porque quisiéramos escondernos del *establishment*, sino porque más que la autoridad nos interesaba afirmar una voz colectiva. El segundo grupo de estudiosas feministas –en cierta forma solapado con el primero– eligió también la misma estrategia colectiva, aunque, a mi parecer, también se identificaron con mayor claridad. En un fascinante capítulo de su obra *Feminist Geographies: Explorations in Diversity and Difference* (el título refleja, naturalmente, ciertos cambios en los intereses de las feministas, que ya he destacado en este capítulo), titulado «Writing personally», diez geógrafas del Women and Geography Study Group incluyeron datos de su historia personal como feministas. Por mi parte, recomiendo su lectura, y me gustaría que el presente libro –mi contribución al estudio de la geografía feminista– se leyera junto a *Feminist Geographies y Thresholds in Feminist Geography* (Jones III *et al.*, 1997). Hay en estas tres obras muchas coincidencias y muchas discrepancias, pese a estar dirigidas a un mismo grupo de lectores: todos aquellos que comienzan su carrera de geografía y, espero, muchos otros que sientan curiosidad por saber en qué consiste la llamada geografía feminista.

Mi libro es también compañero de *Feminism and Geography*, de Gillian Rose (1993). Mientras que el interés de esta autora se centra sobre todo en el estatus teórico de los estudios geográficos y en su naturaleza de género, mi enfoque aquí está dirigido a los cambios sociales y culturales en las relaciones de género, pero las dos obras se parecen más de lo que haría suponer su argumento, ya que el mayor interés de nuestro trabajo académico es para las dos la reflexión sobre la forma femenina de ver y conocer el mundo. Por otra parte, mis temas y mis aproximaciones reflejan y complementan el en-

foque de *Space, Place, and Gender* (1994), una recopilación de trabajos escritos por Doreen Massey a lo largo de veinte años, donde seguimos el fascinante recorrido de la autora hasta el descubrimiento de sus nuevos intereses y su dedicación a las relaciones de género. He tenido el honor de trabajar con Doreen durante más de diez años, y de ser una de las autoras de su colección, de modo que también nos une una relación personal. Finalmente, colaboré hace poco tiempo con Jo Sharp en la preparación de una colección de lecturas feministas, *Space, Gender, Knowledge* (McDowell y Sharp, 1997), escritas por geógrafas y otras estudiosas con la finalidad de introducir a los estudiantes en algunos trabajos «clásicos» sobre el espacio, el lugar y la identidad; también en este caso espero que resulte una guía útil.

Estas últimas publicaciones han demostrado que existe un público ávido por conocer qué es lo que constituye la feminidad y la masculinidad en los distintos lugares, y cuáles son los cambios que pueden o podrían producirse al final del milenio.

VI. Otras lecturas recomendadas

Existen muchas introducciones de calidad a las teorías y la investigación feministas, tanto en el ámbito geográfico como en el de otras disciplinas. Aunque ya me he referido a algunas en el texto, quisiera mencionar algunas más. La historia geográfica se ha contado en *Geography and Gender* (Women and Geography Study Group, 1984), *Feminism and Geography* (G. Rose, 1993), en *Feminist Geographies* (Women and Geography Study Group, 1997), *Thresholds in Feminist Geography* (Jones III et al., 1997) y en *Space, Gender, Knowledge* (McDowell y Sharp, 1997). He proporcionado un resumen de investigaciones realizadas durante los setenta y los ochenta en dos artículos de *Progress in Human Geography* (McDowell, 1992a, 1992b). No obstante, estas obras y estos artículos presentan un enfoque predominantemente centrado en el mundo anglosajón. Existen numerosas revistas sobre el desarrollo de los estudios geográficos feministas en otras sociedades. Lynn Brydon y Sylvia Chant (1989), por ejemplo, Janice Monk (1994) y Janet Momsen, solas (1991) y en colaboración con Janet Townsend (1987) y luego con Vivian Kinnaird (1993), han comenzado a narrar la historia, pero quedan mu-

chos detalles. La publicación *Gender, Place and Culture* anima a las feministas que trabajan en instituciones no occidentales a publicar en sus páginas, y la International Geographic Union's Commission on Gender publica una hoja informativa muy útil de las novedades, tanto en libros como en artículos, debidas a la comunidad internacional de geógrafas feministas. *Progress in Human Geography* incluye también excelentes resúmenes anuales de las recientes investigaciones feministas en materia geográfica.

Para una idea más general de los estudios feministas, el lector puede acudir a Terry Lovell, *British Feminist Thought* (1990), Sneja Gunew, *Feminist Knowledge: Critique and Construct*, a *A Reader in Feminist Knowledge* (Senja Gunew, 1991), a Heide Safia Mirza, *Black British Feminism* (1997), o al reciente y excelente texto de Mary Evans, *An Introduction to Contemporary Feminist Thought* (1997), entre los cuales este último presenta la ventaja añadida de la brevedad. Existen dos excelentes análisis de antropología feminista, que, después de todo, se encuentra muy cerca de la geografía feminista [véanse *Antropología y feminismo*, de Henrietta Moore (1988), y *Gender at the Crossroads of Knowledge*, de Maria de Leonardo (1991)]. Finalmente, para quienes necesiten una ayuda en la comprensión de los términos hay un *Glossary of Feminist Theory*, que resulta muy práctico, editado por Sonya Andermahr et al. (1997), al que, cuando este libro esté en la calle, se habrá unido *A Glossary of Feminist Geography* (McDowell y Sharp, 1999).

Críticas feministas a la dicotomía público/privado*

Carole Pateman

Sumario

Introducción. I. Liberalismo y patriarcado. II. Naturaleza y cultura. III. Moralidad y poder. IV. «Lo personal y lo político». V. Condiciones de una alternativa feminista al patriarcalismo liberal.

Introducción

La dicotomía entre lo privado y lo público ocupa un papel central en los casi dos siglos de textos y de lucha política feminista. En realidad, esta dicotomía es aquello sobre lo que trata, fundamentalmente, el movimiento feminista. Pese a que para algunas feministas tal dicotomía es una característica universal, transhistórica y transcultural de la existencia humana, la crítica feminista se refiere, básicamente, a la separación y a la oposición entre las esferas pública y privada en la teoría y la práctica liberal.

La relación entre feminismo y liberalismo es sumamente estrecha, pero también extremadamente compleja. Ambas doctrinas hunden sus raíces en la emergencia del individualismo como teoría general de la vida social; ni el

* Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado" en *Perspectivas feministas en teoría política*, Carmen Castells(comp.), Buenos Aires, Editorial Piados, 1996, pp. 31-52.

liberalismo ni el feminismo son concebibles sin alguna concepción de los individuos como seres libres e iguales, emancipados de los vínculos asignados y jerarquizados de la sociedad tradicional. Pero aunque liberalismo y feminismo comparten un origen común, a menudo, desde hace más de doscientos años, sus partidarios han sostenido posturas antagónicas. El sentido y el alcance de la crítica feminista de los conceptos liberales de lo público y lo privado han variado enormemente en diversas fases del movimiento feminista. El análisis de estas críticas se complica más porque el liberalismo es esencialmente ambiguo en cuanto se refiere a lo «público» y lo «privado», y feministas y liberales discrepan sobre dónde y por qué se debe trazar la distinción entre las dos esferas, o, según ciertas posturas feministas contemporáneas, si esta distinción debería trazarse en algún lugar.

Con frecuencia se considera que el feminismo no es más que la culminación de la revolución liberal o burguesa, una extensión de los principios y derechos liberales a las mujeres así como a los hombres. Naturalmente, la reivindicación en favor de la igualdad de derechos siempre ha sido una parte importante del feminismo. Sin embargo, el intento de universalizar el liberalismo tiene consecuencias de mayor alcance de las que se acostumbra a considerar, porque al final este intento acaba por cuestionar el liberalismo en sí¹. El feminismo liberal tiene implicaciones radicales, en cuanto pone en tela de juicio la separación y la oposición entre los ámbitos público y privado, que es fundamental para la teoría y la práctica liberal. El contraste liberal entre privado y público es más que una distinción entre dos tipos de actividades sociales. El ámbito público, y los principios que lo gobiernan, se consideran separados o independientes de las relaciones en el ámbito privado. Un conocido ejemplo de esta afirmación es la larga controversia entre los politólogos liberales y radicales sobre la participación, en la que los radicales niegan el supuesto liberal según el cual las desigualdades sociales del ámbito privado son irrelevantes para las cuestiones relativas a la igualdad política, al sufragio universal y a las libertades civiles asociadas con la esfera pública.

Sin embargo, no todas las feministas son liberales; el «feminismo» va mucho más allá del feminismo liberal. Otras feministas rechazan explícitamente las concepciones liberales de lo privado y lo público, y consideran que

1 El carácter subversivo del feminismo radical ha sido recientemente puesto de manifiesto por Z. Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism*, Longman, Nueva York, 1981.

la estructura social del liberalismo es el problema político, no un punto de partida desde el cual se puede reivindicar la igualdad de derechos. Éstas tienen mucho en común con las críticas radicales y socialistas al liberalismo que se fundamentan en teorías «orgánicas» (por usar la terminología de Benn y Gaus)², aunque difieren profundamente en su análisis del Estado liberal. En síntesis, las feministas –a diferencia de otros radicales– plantean el problema, generalmente olvidado, del carácter patriarcal del liberalismo.

I. Liberalismo y patriarcado

La descripción que Benn y Gaus hacen de la idea liberal de lo público y lo privado es un buen exponente de algunos de los principales problemas de la teoría liberal. Estos autores aceptan que lo privado y lo público son categorías centrales del liberalismo, pero no explican por qué estos dos términos son fundamentales o por qué el ámbito privado se contrasta y se opone al ámbito «público» en vez de al «político». De forma similar señalan que la argumentación liberal no deja claro si la sociedad civil es privada o pública si bien, aun sosteniendo que en sus dos modelos liberales la familia es el paradigma de lo privado, dejan sin resolver la cuestión de por qué, en este caso, los liberales también acostumbran a considerar la sociedad civil como privada. La descripción del liberalismo de Benn y Gaus también ejemplifica su carácter abstracto y ahistórico y, en la medida en que esto se omite y se da por supuesto, es un buen exponente de las discusiones teóricas que, hoy por hoy, son objeto de duras críticas por parte de las feministas. La descripción confirma el supuesto de Eisenstein según el cual «invariablemente, la ideología de la vida pública y privada presenta la división entre la vida pública y la privada ... como algo que refleja el desarrollo del Estado liberal burgués y no ordenación patriarcal del Estado burgués»³.

El término «ideología» resulta adecuado aquí porque la profunda ambigüedad de la noción liberal de lo privado y lo público oculta y mixtifica la realidad social que ayuda a constituir. Las feministas sostienen que el liberalismo está estructurado tanto por relaciones patriarcales como por relaciones

2 S. Benn y G. Gaus, (comps.), *Public and Private in Social Life*, Croorn Helm, Londres y Nueva York, 1983, cap. 2.

3 Eisenstein, *The Radical Future*, pág. 223.

de clase, y que la dicotomía entre lo público y lo privado oculta la sujeción de las mujeres a los hombres dentro de un orden aparentemente universal, igualitario e individualista. La descripción de Benn y Gaus da por supuesto que las ideas liberales captan, con mayor o menor justeza, la realidad de nuestra vida social. No admiten por tanto que el «liberalismo» es un liberalismo patriarcal y que la separación y la oposición entre las esferas pública y privada constituye una oposición desigual entre mujeres y hombres. Así pues, adoptan al pie de la letra el discurso «individualista» de la teoría liberal, si bien desde el período en el que los teóricos del contrato social atacaron a los patriarcalistas, los pensadores liberales continuaron excluyendo a las mujeres del alcance de sus argumentos supuestamente universales⁴. Una de las razones por las que pasó desapercibida dicha exclusión es que la teoría liberal presenta la separación entre lo privado y lo público como si fuese aplicable a todos los individuos por igual. Se suele afirmar —en la actualidad, desde posturas antifeministas, y en el siglo diecinueve por parte de las propias feministas, habida cuenta que la mayoría aceptaban la doctrina de las «esferas separadas»— que ambas esferas son independientes, pero igualmente importantes y valiosas. La distinta manera en que mujeres y hombres están situados en la vida privada y en el mundo público resulta, como es inevitable señalar, un asunto complejo, si bien tras esa complicada realidad persiste la creencia de que la naturaleza de las mujeres es tal que lo correcto es que estén sometidas a los hombres y que el lugar que les corresponde es la esfera privada, doméstica. A su vez, para los hombres lo correcto es que habiten y gobiernen ambas esferas. El argumento esencial de las feministas es que la doctrina de «sepa-

4 J. S. Mill es una excepción a esta generalización, pero Benn y Gaus no mencionan *The Subjection of Women*. Se puede aducir, por ejemplo, que B. Bosanquet aludió, en *The Philosophical Theory of the State* (cap. X, 6), a «las dos personas que son (la) cabeza» de la familia. Sin embargo, Bosanquet habla de Hegel, y no parece percatarse de que la filosofía de Hegel descansa en la explícita, y filosóficamente justificada, exclusión de las mujeres de la jefatura de la familia, así como de su participación en la sociedad civil o en el Estado. La referencia de Bosanquet a las «dos personas» requiere así una crítica sólida y amplia de Hegel, no una mera exposición. Las argumentaciones liberales no pueden universalizarse mediante una referencia simbólica a «mujeres y hombres» en lugar de «hombres». Sobre Hegel, véase P. Mill, «Hegel and “The Woman Question”: Recognition and Intersubjectivity», en *The Sexism of Social and Political Theory*, L. Clark y L. Lange (comps.), Toronto, University of Toronto Press, 1979. (Agradezco a Jerry Gaus que me hiciera prestar atención a las observaciones de Bosanquet).

rados pero iguales», así como el patente individualismo e igualitarismo de la teoría liberal, difuminan la realidad patriarcal de una estructura social caracterizada por la desigualdad y la dominación de las mujeres por los hombres.

En teoría, liberalismo y patriarcalismo son doctrinas irrevocablemente antagónicas entre sí. El liberalismo es una doctrina individualista, igualitaria y convencionalista; el patriarcalismo sostiene que las relaciones jerárquicas de subordinación se siguen necesariamente de las características naturales de hombres y mujeres. En realidad, ambas doctrinas llegaron a un punto de conciliación mediante la respuesta que en el siglo diecisiete dieron los teóricos contractualistas a la subversiva cuestión de quiénes debían considerarse individuos libres e iguales. El conflicto con los patriarcalistas no se extendió a las mujeres o a las relaciones conyugales; estas últimas fueron excluidas de los argumentos individualistas y la batalla se libró alrededor de la relación de los hijos varones adultos con sus padres.

Fue Locke en su *Segundo Tratado* quien sentó el fundamento teórico de la separación liberal entre lo público y lo privado. Frente a la postura de Filmer, Locke sostuvo que el poder político es convencional y que sólo se puede ejercer justificadamente sobre individuos adultos, libres e iguales, y con el consentimiento de éstos. El poder político no se debe confundir con el poder paternal sobre los hijos en la esfera privada y familiar, que es una relación natural que llega a su fin con la madurez y, por tanto, con la libertad e igualdad de los hijos (varones). En líneas generales, los comentaristas no suelen advertir que la separación establecida por Locke entre la familia y lo político constituye también una división sexual. Si bien Locke afirmó que las diferencias naturales entre hombres —como, por ejemplo, la diferencia de edad o de talento— son irrelevantes respecto de su igualdad política, coincidía con el supuesto patriarcal de Filmer según el cual las diferencias naturales entre hombres y mujeres implican el sometimiento de éstas a aquéllos o, más concretamente, de las esposas a los maridos. En realidad, cuando al inicio del *Segundo Tratado* Locke afirma que demostrará por qué el poder político es un poder específico da por supuesto que el dominio de los maridos sobre las esposas se incluye en otras formas de poder, no políticas. Locke coincide explícitamente con Filmer en que la subordinación de la esposa a su marido «se basa en la naturaleza», así como en que la voluntad del marido debe prevalecer en el hogar porque es por naturaleza «el más capaz

y el más fuerte»⁵. Pero una persona subordinada por naturaleza no puede ser al mismo tiempo un ser libre e igual. Por tanto, las mujeres (las esposas) son excluidas del estatus de «individuos» y, por tanto, de la participación en el mundo público de la igualdad, el consenso y la convención.

Puede parecer que la separación lockeana entre el poder paternal y el poder político puede caracterizarse también como una separación entre lo privado y lo público. Y ello es así en un sentido, si se considera que la esfera pública abarca toda la vida social, a excepción de la vida doméstica. La teoría lockeana demuestra también cómo las esferas privada y pública se basan en principios de asociación antagónicos, que se manifiestan en el distinto estatus de mujeres y hombres; la subordinación natural es contraria al libre individualismo. La familia se basa en vínculos naturales de sentimientos y de consanguinidad y en el estatus, sexualmente adscrito, de la esposa y del marido (un estatus de madre y padre). La participación en la esfera pública se rige por criterios de éxito, intereses, derechos, igualdad y propiedad universales, impersonales y convencionales; es decir, por los criterios liberales aplicables únicamente a los hombres. Una de las consecuencias importantes de esta concepción de lo privado y lo público es que la teoría liberal (y de hecho, prácticamente toda la teoría política) conceptualiza y trata el mundo público, o la sociedad civil, haciendo abstracción de –o como algo separado de– la esfera doméstica privada.

Llegados aquí conviene subrayar que la crítica feminista contemporánea a la dicotomía entre lo público y lo privado se basa en la misma perspectiva lockeana de las dos categorías; al igual que (en esta interpretación de) la teoría lockeana, las feministas consideran que la vida doméstica es privada por definición. Sin embargo, rechazan el supuesto en virtud del cual la separación entre lo privado y lo público se sigue inevitablemente de las características naturales de los sexos y sostienen, por el contrario, que sólo resulta posible una correcta comprensión de la vida social liberal cuando se acepta que las dos esferas –la doméstica (privada) y la sociedad civil (pública)– presunta-

5 J. Locke, *Two Treatises of Government*, edición a cargo de P. Laslett, segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, I, § 47; II § 82. El conflicto entre los teóricos del contrato social y los patriarcalistas se aborda con mayor profundidad en T. Brennan y C. Pateman, “Mere Auxiliaries to the Commonwealth”: Women and the Origins of Liberalism», en *Political Studies*, vol. 27, 1979, págs. 183-200.

mente separadas y opuestas están inextricablemente interrelacionadas. Dicho de otra forma, que son las dos caras de la misma moneda, el patriarcalismo liberal.

Si, a nivel teórico, feministas y liberales no logran ponerse de acuerdo en una concepción compartida de lo público y lo privado, a otro nivel discrepan profunda y grandemente acerca de dichas categorías. Concretamente, aún hay otro sentido en el que lo privado y lo público distan de ser sinónimos del poder paternal y político de Locke; precisamente porque el liberalismo conceptualiza la sociedad civil prescindiendo de la vida doméstica, esta última sigue siendo «olvidada» en las discusiones teóricas. Así pues, la separación entre privado y público se vuelve a establecer como una división *dentro* de la propia sociedad civil, dentro del mundo de los varones. Por tanto, la separación se expresa de diferentes maneras, no sólo en términos de privado y público sino también, por ejemplo, en términos de «sociedad» y «Estado», de «economía» y «política», de «libertad» y «coerción» o de «social» y «político»⁶. Además, en esta versión de la separación de lo privado y lo público, una categoría, lo privado, empieza a vestir pantalones (por adaptar la metáfora patriarcal de J. L. Austin, esta vez en un contexto apropiado). Como, por ejemplo, señala Wolin en *Politics and Vision*⁷, el aspecto público o político de la sociedad civil tiende a perderse.

La vacilante posición de la esfera pública se desarrolla por una muy buena razón: los criterios aparentemente universales que rigen la sociedad civil son en realidad los criterios que se asocian con la noción liberal de individuo

6 Los dos principios de justicia rawlsianos ofrecen un ejemplo de esta división. Rawls sostiene que los principios «presuponen que la estructura social puede dividirse en dos partes más o menos distintas». A estas dos partes no las denomina privada y pública, aunque «las iguales libertades de la ciudadanía» normalmente se denominan libertades «políticas» y las «desigualdades sociales y económicas» de la segunda parte normalmente se consideran parte de la esfera «privada». En la formulación final de Rawls queda claro que los principios se refieren a la sociedad civil y que la familia queda fuera del alcance de los mismos. La parte b) del segundo principio, de igualdad de Oportunidades, no es aplicable a la familia, y la parte a), el principio de la diferencia, puede no serlo. Por ejemplo, a un hijo varón inteligente se le puede enviar a la universidad a expensas de los otros miembros de la familia. (Debo esta última observación a mi discípula Deborah Kearns.) John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971, págs. 61, 302 [existe traducción castellana, aunque no muy recomendable, en Editorial Fondo de Cultura Económica].

7 S. Wolin, *Politics and Vision*, Londres, Allen & Unwin. 1961.

varón, que se presenta como la noción *del* individuo. Este individuo es propietario de su persona, es decir, se concibe de forma abstracta, prescindiendo de sus relaciones familiares y de las relaciones con sus semejantes. Se trata de un individuo «privado», aunque necesita una esfera en la que poder ejercer sus derechos y oportunidades, procurar por sus intereses (privados) y proteger e incrementar su propiedad. Si, como advirtió Locke, todos los hombres («individuos») actúan de forma ordenada, para promulgar y hacer cumplir leyes equitativas y conocidas por todos se necesita no una mano oculta —¿privada?—, sino un «árbitro» público, o un Estado representativo, liberal. Puesto que el individualismo, como señalan Benn y Gaus, es «el modo dominante de la teoría y del discurso liberal», tampoco resulta sorprendente que lo privado y lo público aparezcan como la pareja «obvia» de las categorías liberales, o bien que lo público pierda sus pantalones y la sociedad civil se considere, por encima de cualquier otra cosa, como la esfera del interés privado, de la empresa privada y del individuo privado⁸.

A finales del siglo veinte la relación entre la economía capitalista y el Estado no tiene mucho que ver con la del árbitro y la sociedad civil de Locke, aunque abunda todavía la confusión sobre la frontera entre lo privado y lo público. No obstante, es improbable que esta confusión se resuelva desde dentro de una teoría que «olvida» que sigue estableciendo una frontera entre lo privado y lo público. Una solución al problema consiste en reinstaurar lo político en la vida pública, justamente la respuesta de Wolin o de Habermas en sus más bien opacas consideraciones acerca del «principio» de la esfera pública, una esfera en la que los/as ciudadanos pueden elaborar juicios políticos razonados⁹. A diferencia de estos teóricos, las críticas feministas insisten en que

- 8 Es también la esfera de la privacidad. J. Reiman, en «Privacy, Intimacy, and Personhood», en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, 1976, pág. 39, vincula la «propiedad» del propio cuerpo con la idea del «yo» y sostiene que por esto es necesaria la privacidad. Mis comentarios en el texto no explican por qué los pensadores liberales acostumbran a escribir de lo público y lo privado en lugar de lo político. Sólo podría encontrarse una explicación al hecho de someter a un pormenorizado examen las ambigüedades liberales con respecto a lo público y lo político, un examen que supera con mucho la finalidad de este capítulo, aunque el problema se replanteará en el contexto de la consigna feminista «lo personal es lo político».
- 9 J. Habermas, «The Public Sphere», en *New German Critique*, vol. 6, n.º 3, 1974, págs. 49-55. Sin embargo, Habermas, al igual que otros autores, prescinde del hecho de que convencionalmente se considera que las mujeres poseen una razón deficiente y, por tanto, no reúnen las condiciones necesarias para participar en un organismo público.

una alternativa a la concepción liberal también ha de abarcar la relación entre la vida pública y la doméstica. La pregunta que plantean las feministas es ¿por qué se «olvida» con tanta facilidad el carácter patriarcal de la separación entre una esfera pública despolitizada y la vida privada?; ¿por qué la separación entre ambos mundos se sitúa dentro de la sociedad civil, de manera que la vida pública se conceptualiza, implícitamente, como la esfera de los hombres?

La respuesta a esta pregunta sólo se puede encontrar examinando la historia de la conexión entre la separación de la producción del ámbito del hogar y la emergencia de la familia como el paradigma de lo privado. Cuando Locke atacó el patriarcalismo (o, mejor dicho, uno de sus aspectos), los maridos eran cabezas de familia, pero sus mujeres desempeñaban un papel activo e independiente en numerosas áreas de la producción. Sin embargo, a medida que se desarrollaba el capitalismo –y con él su forma específica de división sexual, laboral y de clases– las mujeres se vieron confinadas a unas cuantas tareas de bajo estatus o totalmente apartadas de la vida económica, fueron relegadas a su lugar «natural», y dependiente en la esfera familiar, en la esfera privada¹⁰. En la actualidad, pese a las grandes medidas encaminadas a lograr la igualdad civil, parece natural que las esposas estén subordinadas sólo porque dependen de sus maridos para la subsistencia, hasta el punto que se da por supuesto que la vida social liberal se puede entender sin referencia alguna a la esfera de la subordinación, a las relaciones naturales y las mujeres. Así pues, el antiguo argumento patriarcal derivado de la naturaleza en general y de la naturaleza de las mujeres en particular se transformó, se fue modernizando y se incorporó al capitalismo liberal. La atención teórica y práctica se centró exclusivamente en el ámbito público, en la sociedad civil –en lo «social» o en la «economía»–, dándose por supuesto que la vida doméstica era irrelevante para la teoría social y política o para las preocupaciones de los hombres de negocios. El hecho de que el patriarcalismo es una parte esencial, constitutiva, de la teoría y la práctica del liberalismo queda así oscurecido

10 En el presente Contexto estas observaciones deben ser muy sintéticas. Para un tratamiento más extenso, véase Brennan y Pateman, «Mere Auxiliaries to the Commonwealth», en R. Hamilton, *The Liberation of Women: a Study of Patriarchy and Capitalism*, Londres, Allen & Unwin, 1978; H. Hartmann, «Capitalism, Patriarchy and Job Segregation by Sex», en *Signs*, vol. 1, n.º 3, parte 2.ª, suplemento primavera de 1976, págs. 137-170; A. Oakley, *Housewife*, Londres, Allen Lane, 1974, caps. 2 y 3.

por la dicotomía, aparentemente impersonal y universal, entre lo público y lo privado en la propia sociedad civil.

La íntima relación entre lo privado y lo natural pasa desapercibida cuando, como sucede en la descripción de Benn y Gaus, lo privado y lo público se discuten prescindiendo de su desarrollo histórico y también de otras formas de expresar dicha separación estructural fundamental en el liberalismo. Antes he señalado que cuando la separación se sitúa dentro de la sociedad civil, la dicotomía entre lo público y lo privado se explicita de distintas maneras, por lo que un análisis y descripción íntegro del liberalismo debería dar cuenta de dichas variaciones. De forma similar, la visión feminista de lo público y lo privado, así como la crítica feminista de su separación y oposición, emplea en ocasiones estos términos, aunque el argumento se formula también utilizando las categorías de naturaleza y cultura, o bien las de personal y político, moralidad y poder y, naturalmente, las de mujeres y hombres o femenino y masculino. En la conciencia popular (y académica) la dualidad de femenino y masculino sirve a menudo para encapsular o representar la serie (o el círculo) de oposiciones y separaciones característicamente liberales: femenino o (naturaleza, personal, emocional, amor, privado, intuición, moralidad, adscripción, particular, sometimiento); masculino o (cultura, política, razón, justicia, público, filosofía, poder, éxito, universal, libertad). La más fundamental y general de estas contraposiciones identifica mujer con naturaleza y hombre con cultura; diversas feministas contemporáneas han enmarcado sus críticas en estos términos.

II. Naturaleza y cultura

El patriarcalismo recurre a la naturaleza y al supuesto de que la función natural de las mujeres consiste en la crianza de los hijos/as, lo que prescribe su papel doméstico y subordinado en el orden de las cosas. En el siglo diecinueve, J. S. Mill escribió que la profundidad de los sentimientos que rodean este llamamiento a la naturaleza eran «el más intenso y más arraigado de todos los que agrupan y protegen las antiguas instituciones y costumbres»¹¹.

11 J. S. Mill, «The Subjection of Women», en *Essays on Sex Equality*, A. Rossi (comp.), Chicago, University of Chicago Press, 1970, págs. 125-242, en la pág. 126.

En la década de 1980, cuando en las democracias liberales las mujeres han ganado la ciudadanía y una considerable igualdad legal ante los hombres, los argumentos del movimiento antifeminista organizado demuestran que el llamamiento a la naturaleza no ha perdido ni un ápice de su resonancia. Desde el siglo diecisiete, algunas voces femeninas se han preguntado insistentemente: «Si todos los hombres han nacido libres, ¿cómo es que todas las mujeres han nacido esclavas?»¹² La respuesta habitual, vigorosamente presentada por Mary Wollstonecraft en *The Vindication of the Rights of Women* (1792) y en la actualidad por las críticas feministas del sexismo de los libros infantiles, la escolaridad y los medios de comunicación, es que las que se entienden por características naturales de las mujeres en realidad son, como dijo Wollstonecraft, «artificiales», un producto de la educación de las mujeres o de su carencia de ella. Sin embargo, ni siquiera los cambios más radicales en la práctica educativa afectarán la capacidad natural y biológica de las mujeres de tener hijos. Esta diferencia entre los sexos es independiente de la historia y de la cultura, y por esto quizá no resulta sorprendente que la diferencia natural, y la oposición entre naturaleza (de las mujeres) y la cultura (de los hombres) haya sido central en algunos conocidos intentos feministas de explicar la aparentemente universal subordinación de las mujeres. Los argumentos que se centran en la oposición naturaleza/cultura pertenecen a dos grandes categorías: el feminismo antropológico y el feminismo radical¹³.

En una de las argumentaciones antropológicas más influyentes, Ortner sostiene que la única manera de explicar por qué el valor universalmente asignado a las mujeres y a sus actividades es menor que el asignado a los hombres y sus objetivos es que las mujeres son «un símbolo» de todo aquello «que cualquier cultura define como algo de orden inferior a ella»¹⁴; es decir, las

12 M. A. J. Stone, «Reflections on Marriage», publicado en 1706, citado en L. Stone, *The Family, Sex and Marriage in England: 1500-1800*, Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1977, pág. 240.

13 «Feministas radicales» es la expresión que se usa para distinguir a las feministas que sostienen que la oposición masculino-femenino es la causa de la opresión de la mujer de las «feministas liberales» y de las «feministas socialistas».

14 S. B. Onner, «Is Female to Male as Nature is to Culture?» en M. Z. Rosaldo y L. Lamphere (comps.) *Women, Culture and Society*, Stanford, Stanford University Press, 1974, pág. 72. Ortner no menciona a los autores que en los dos últimos siglos glorificaron la naturaleza y consideraron la cultura como la causa del vicio y de la desigualdad. Sin embargo, el significado que se da al término «naturaleza» en estas argumentaciones es extremadamente complejo y la relación entre mujer y naturaleza dista

mujeres y la vida doméstica simbolizan la naturaleza. La humanidad intenta trascender una existencia meramente natural, de manera que la naturaleza siempre se considera como algo de orden inferior a la cultura. La cultura se identifica con la creación y el mundo de los hombres porque la biología y los cuerpos de las mujeres las acercan más a la naturaleza y porque la crianza de los hijos y las tareas domésticas, su trato con infantes no socializados y con materias primas, hace que tengan un íntimo contacto con ella. Por tanto, las mujeres y la esfera doméstica aparecen como algo inferior a la esfera cultural y a las actividades masculinas, de manera que las mujeres se consideran como seres necesariamente subordinados a los hombres.

No queda claro si Ortner sostiene que las actividades domésticas de las mujeres simbolizan la naturaleza, son parte de ella o si, en lugar de ello, sitúa a las mujeres en una posición mediadora entre la naturaleza y la cultura. Para Ortner, la oposición mujeres/naturaleza y hombres/cultura es en sí misma un constructo cultural y no algo que se da naturalmente; «En realidad, –dice– la mujer no está más próxima (o más lejana) a la naturaleza que el hombre: ambos son seres conscientes, ambos son mortales. Pero, ciertamente, hay razones por las que parece que lo esté»¹⁵. Sin embargo, Ortner no da suficiente peso al hecho fundamental de que mujeres y hombres son seres sociales y culturales, o a su corolario, de que la «naturaleza» siempre tiene un significado social, un significado que varía además ampliamente en diferentes sociedades y en diferentes períodos históricos. Aun si las mujeres y sus tareas han sido universalmente devaluadas, de ello no se sigue que se pueda comprender ese importante hecho de la existencia humana haciéndonos preguntas formuladas en términos universales y buscando respuestas generales en términos de dicotomías universales. La distinción entre la vida doméstica y privada de las mujeres y el mundo público de los hombres no tiene el mismo significado en la sociedad europea premoderna que en el actual capitalismo liberal; por tanto, considerar las sociedades actuales y las de la época de los/as cazadores-recolectores a partir de una oposición general entre naturaleza y cultura, o público y privado, únicamente puede llevar a poner énfasis en la

de estar clara. Rousseau, por ejemplo, segrega a mujeres y hombres incluso en la vida doméstica porque considera que la naturaleza de éstas es una amenaza a la vida civil (a la cultura). Para algunos comentarios sobre esta cuestión, véase Pateman, C., «The Disorder of Women», en *The Disorder of Women*, Cambridge, Polity Press, 1989, págs. 17-32.

15 Ortner, «Is Female to Male as Nature is to Culture?», pág. 87.

biología o en la «naturaleza». Recientemente, Rosaldo ha criticado las argumentaciones acerca de la subordinación de las mujeres que, como la de Ortner, se basan implícitamente en la cuestión ¿cómo empezó? En su opinión, intentar encontrar una respuesta universalmente aplicable contraponen inevitablemente «mujer» a «hombre» y da pie a la separación de la vida doméstica de la «cultura» o la «sociedad», en virtud de las «funciones presumiblemente panhumanas» que de esa forma se atribuyen a las mujeres¹⁶.

El intento más minucioso de encontrar una respuesta universal a la pregunta de por qué las mujeres están sometidas a los hombres, así como la oposición más clara entre naturaleza y cultura, puede encontrarse en las obras de las feministas radicales que sostienen que la naturaleza es la única causa del dominio de los hombres. La versión más conocida de este argumento se encuentra en *The Dialectic of Sex*, de Firestone, un texto que ilustra también cómo una forma de la argumentación feminista, al tiempo que ataca la separación liberal de lo público y lo privado, se mantiene dentro del marco del individualismo abstracto que contribuye a establecer esa división de la vida social. Firestone reduce la historia de la relación entre naturaleza y cultura, o entre privado y público, a una oposición entre femenino y masculino. Sostiene que el origen del dualismo reside en «la propia biología y en la procreación»¹⁷, una desigualdad natural u original que es la base de la opresión de las mujeres y la fuente del poder masculino. Los hombres, al confinar a las mujeres al espacio de la reproducción (a la naturaleza), se liberaron a sí mismos «para los negocios del mundo»¹⁸ y de esta forma crearon y controlaron la cultura. La solución propuesta consiste en eliminar las diferencias naturales (desigualdades) entre los sexos, introduciendo la reproducción artificial. Entonces, la «naturaleza» y la esfera privada de la familia quedarán abolidas y los individuos, de todas las edades, interactuarán como iguales en un orden cultural indiferenciado (o público).

16 M. Z. Rosaldo, «The Use and Abuse of Anthropology: Reflections on Feminism, and CrossCultural Understanding», en *Signs*, vol. 5, n.º 3, 1980, pág. 409. Compárese con D. Haraway, «Animal Sociology and a Natural Economy of the Body Politic, Part 1: A Political Physiology of Dominance», en *Signs*, vol. 4, n.º 1, 1978, especialmente págs. 24-25.

17 S. Firestone, *The Dialectic of Sex*, Nueva York, W. Morrow, 1970, pág. 8.

18 *Ibid.*, pág. 232. Firestone tampoco consigue distinguir la «cultura» entendida como arte, tecnología, etc., de la «cultura» como la forma general de la vida de la humanidad.

El éxito popular de *The Dialectic of Sex* se debe más a la necesidad de las mujeres de continuar luchando por el control de sus cuerpos y de su capacidad reproductiva que a su argumentación filosófica. El supuesto básico de este libro es que las mujeres sufren necesariamente «una condición biológica fundamentalmente opresiva»¹⁹. Pero la biología, en sí misma, no es opresiva ni liberadora; la biología, o la naturaleza, representa para las mujeres bien una fuente de sometimiento bien una fuente de libre creatividad únicamente en virtud del significado que le confiere su lugar en unas relaciones sociales específicas. El supuesto de Firestone reduce los conceptos sociales de «mujeres» y «hombres» a las categorías biológicas de «hembra» y «varón», negando así toda importancia a la compleja historia de las relaciones entre hombres y mujeres, o entre las esferas privada y pública. Se basa en una concepción abstracta de un individuo femenino natural, biológico, con una capacidad reproductora que la deja a merced del individuo masculino, quien se supone que tiene un impulso natural para someterla²⁰. Esta versión contemporánea de una completa reducción hobbesiana de los individuos a su estado natural conduce a un punto muerto teórico, lo que quizá no constituya una conclusión sorprendente de un argumento que, implícitamente, acepta la premisa patriarcal de que la subordinación de las mujeres está determinada por la naturaleza. La vía hacia adelante no se encontrará en una dicotomía universal entre naturaleza y cultura, entre individuos femeninos o masculinos. Más bien, como sostiene Rosaldo, lo que se necesita es desarrollar una perspectiva teórica feminista que dé cuenta de las relaciones sociales entre mujeres y hombres en estructuras de dominación y de subordinación históricamente específicas, y, podríamos añadir, dentro del Contexto de las interpretaciones específicas de lo «público» y lo «privado».

19. *Ibid.*, pág. 255.

20. Debo esta última observación a J. B. Elshtain, "Liberal Heresies: Existentialism and Repressive Feminism", en M. McGrath (comp.), en *Liberalism and the Modern Polity*, Nueva York, Marcel Dekker, 1978, pág. 53.

III. Moralidad y poder

La larga lucha por el sufragio de las mujeres es uno de los ejemplos teóricos y prácticos más importantes de los ataques feministas a la dicotomía entre lo privado y lo público. Los argumentos sufragistas muestran cómo el intento de universalizar los principios liberales conduce a un cuestionamiento del propio liberalismo, algo que queda especialmente bien ilustrado —aunque de una manera implícita— en los escritos de J. S. Mill. Pese a la enorme atención otorgada a todo lo relativo al voto durante los últimos treinta años, resulta especialmente notoria la poca atención que los estudiosos de la política —tanto en su vertiente teórica como empírica— han dedicado a la significación política y a las consecuencias del sufragio de los hombres y de las mujeres. Sin embargo, en la literatura feminista reciente pueden encontrarse dos perspectivas distintas sobre las implicaciones del sufragio femenino para la separación entre lo público y lo privado. Existe un cierto desacuerdo sobre si el movimiento sufragista sirvió para reforzar la separación sexual de la vida social o si, pese a todo, fue uno de los medios que contribuyó a socavar dicha separación. A mediados del siglo diecinueve, cuando surgió el feminismo como movimiento político y social organizado, la argumentación a partir de la naturaleza se había elaborado y convertido en la doctrina de las esferas separadas; se afirmaba que mujeres y hombres tenían, por naturaleza, un lugar social separado pero complementario e igualmente valioso. La diferencia más notable entre las primeras feministas y sufragistas y las feministas contemporáneas es que, en el siglo diecinueve, casi todo el mundo aceptaba la doctrina de las esferas separadas.

Las primeras feministas se opusieron amargamente a la enormemente desigual posición de las mujeres, pero las reformas que lucharon por alcanzar, como acabar con los poderes legales de los maridos que convertían a sus mujeres en propiedad privada y en personas nulas a efectos civiles, así como la oportunidad de obtener una educación que permitiese que las mujeres solteras pudieran mantenerse, solieron considerarse medios para lograr la igualdad de las mujeres, que permanecerían dentro de su propia esfera privada. El supuesto implícito era que también el sufragio significaba cosas distintas para hombres y mujeres. Esto se percibe claramente

en uno de los alegatos más apasionadamente sentimentales, y antifeministas, de la doctrina de las esferas separadas. En «Of Queens' Gardens», Ruskin afirma que:

El deber del hombre, como miembro de la comunidad, es colaborar en el mantenimiento, en el progreso y en la defensa del Estado. El deber de la mujer, como miembro de la comunidad, es colaborar en el orden, en el consuelo y en la bella ornamentación del Estado²¹.

Por tanto, la ciudadanía para las mujeres podía considerarse una elaboración de sus tareas privadas y domésticas, de ahí que uno de los principales argumentos de las sufragistas fuera que el voto era un medio necesario de proteger y fortalecer el ámbito concreto de las mujeres (un argumento que cobró peso a finales de siglo, a medida que los legislativos se interesaron cada vez más en temas sociales relacionados con la esfera de las mujeres). Además, tanto los antisufragistas más ardientes como las sufragistas más vehementes coincidían en que las mujeres eran más débiles, aunque más morales y virtuosas, que los hombres. Los antisufragistas defendían, consecuentemente, que conceder el derecho al voto a las mujeres debilitaría fatalmente al Estado, puesto que éstas no podían empuñar las armas o emplear la fuerza; las sufragistas contraargumentaban afirmando que la mayor moralidad y rectitud de las mujeres transformaría el Estado y marcaría el comienzo del imperio de la paz. Todo ello ha llevado a Elshtain a sostener que las sufragistas «fracasaron, aun en sus propios términos» precisamente por aceptar los supuestos de la doctrina de las esferas separadas. Lejos de desafiar la separación de lo público y lo privado, pura y simplemente «perpetuaron las mixtificaciones y los supuestos no cuestionados que sirvieron para armar el sistema en su contra»²².

Gran parte de la argumentación de Elshtain se presenta en términos de la dualidad de moralidad y poder, una manera de formular la separación de privado y público cuando ésta se encuentra *dentro* de la sociedad civil. Los pensadores liberales suelen contraponer la esfera política (el Estado), la esfera

21. J. Ruskin, «Of Queens' Gardens», en C. Bauer e I. Pitt (comps.), *Free and Ennobled*, Oxford, Pergamon Press, 1979, pág. 17.

22. J. B. Elshtain, «Moral Woman and Immoral Man: A Consideration of the Public-Private Split and its Political Ramifications», en *Politics and Society*, vol. 4, 1974, págs. 453-461.

del poder, la fuerza y la violencia, a la sociedad (el reino de lo privado), la esfera del voluntarismo, la libertad y la regulación espontánea²³. No obstante, la argumentación sobre las implicaciones de la superioridad moral de las mujeres, así como el uso que hace Elshtain de la dualidad moralidad y poder, aluden más bien a la separación más fundamental de la esfera privada, doméstica, de la vida pública o sociedad civil. Por consiguiente, la oposición entre moralidad y poder contrapone la fuerza física y la agresión —es decir, los atributos naturales de la masculinidad, que se ven ejemplificados en la fuerza militar del Estado— al amor y al altruismo, los atributos naturales de la femineidad que, paradigmáticamente, se despliegan en la vida doméstica cuando la esposa y madre se erige como la guardiana de la moralidad²⁴. Así las cosas, cabe preguntarse si la lucha por el sufragio femenino estaba encajada en la separación y en las dicotomías del liberalismo patriarcal, dentro de la dualidad de moralidad y poder (que, una vez más, es una forma de expresar la doctrina de las esferas separadas) hasta el punto sugerido por Elshtain. Después de todo, votar es un acto político. De hecho, se ha llegado a considerar como *el* acto político de un ciudadano demócrata liberal, y la ciudadanía es un estatus de igualdad formal, civil o pública.

Una versión diferente del movimiento sufragista se ofrece en un reciente trabajo de DuBois, que sostiene que la razón de que ambas caras de la lucha por la emancipación considerasen el voto como la reivindicación feminista clave era que el voto daba a las mujeres «una conexión con el orden social no basada en la institución de la familia y en su subordinación en ella... En tanto que ciudadanas y votantes, las mujeres podrían participar directamente en

23. Una argumentación reciente basada en dicha contraposición es la de]. Steinberg, *Locke, Rousseau and the Idea of Consent*, Westport, Greenwood Press, 1978, especialmente los capítulos 5 y 7. El énfasis en el consentimiento da una apariencia de moralidad a la esfera privada, que es bastante menos evidente cuando, como suele suceder, se considera que el interés propio es el principio que gobierna la sociedad civil (privada). Si la división dentro de la sociedad civil se considera como libertad (entendida como el propio interés) en oposición al poder, la ubicación de la moralidad dentro de la vida doméstica queda más patente, pero plantea un grave problema de orden para lo público liberal o sociedad civil.

24. Aquí surge un espinoso problema sobre la «naturaleza» y «la naturaleza» de las mujeres, porque a las mujeres se las considera las guardianas de la moralidad y, al mismo tiempo, seres políticamente subversivos por naturaleza. Véase C. Pateman, «The Disorder of Women: Women, Love and the Sense of Justice», *The Disorder of Women*, Cambridge, Polity Press, 1989, págs. 17-32.

la sociedad como individuos, no indirectamente a través de su posición subordinada como esposas y madres»²⁵. DuBois subraya que las sufragistas no cuestionaban la «peculiar idoneidad» de las mujeres para la vida doméstica, aunque la reivindicación del voto negaba que las mujeres *sólo* sirviesen, por naturaleza, para la vida privada. Por tanto, la reivindicación del voto alcanzó el núcleo de la acomodación mutua entre patriarcalismo y liberalismo, habida cuenta que lograr el voto significaba que, al menos en un aspecto, las mujeres deberían ser aceptadas como «individuos». De ahí que DuBois sostenga que cuando las mujeres reclamaron un estatus público e igual al de los hombres «desenmascararon y desafiaron el supuesto de la autoridad masculina sobre las mujeres»²⁶. Otra consecuencia importante a largo plazo de la concesión del derecho al voto a las mujeres, así como de las otras reformas que desembocaron en la actual posición de las mujeres de (una práctica) igualdad formal política y legal con los hombres, es que la contradicción entre la igualdad civil y la subordinación civil, especialmente la familiar, incluyendo las creencias que ayudan a conformarla, quedan ahora evidenciadas con especial claridad. La separación liberal-patriarcal de las esferas pública y privada se ha convertido en un problema político.

La magnitud del problema se plantea en toda su extensión —y con toda claridad, con la ventaja que da el paso del tiempo— en el ensayo feminista de John Stuart Mill *The Subjection of Women*, así como en sus argumentos en favor del sufragio femenino. El ensayo de Mill demuestra que el supuesto de que el estatus político individual es algo que puede añadirse a la adscripción de las mujeres a la esfera privada, dejando esta última intacta o incluso fortalecida, es, en última instancia, un supuesto insostenible. O, por explicarlo en otros términos, los principios liberales no pueden simplemente universalizarse para abarcar a las mujeres en la esfera pública sin provocar un agudo problema acerca de la estructura patriarcal de la vida privada. Mill demostró teóricamente, al igual que el movimiento feminista reveló en la práctica, que ambas esferas están íntegramente relacionadas y que la plena e igual participación de las mujeres en la vida pública es imposible sin que se produzcan cambios en la esfera doméstica.

25. E. DuBois, «The Radicalism of the Woman Suffrage Movement», en *Feminist Studies*, vol. 3, n.º 1/2, 1975, págs. 64-66.

26. E. DuBois, *Feminism and Suffrage*, Ithaca, Cornell University Press, 1978, pág. 46.

En *The Subjection*, Mill sostiene que la relación entre hombres y mujeres, o más específicamente entre maridos y mujeres, constituye una injustificada e injustificable excepción a los principios liberales de libertad e igualdad individual, libre elección, igualdad de oportunidades y asignación de ocupaciones en función del mérito, principios que en su opinión regían otras instituciones sociales y políticas en la Gran Bretaña del siglo diecinueve. La subordinación social de las mujeres era «el único vestigio existente de un viejo mundo de pensamiento y práctica que, por lo demás, ha quedado totalmente refutado»²⁷. Al inicio del ensayo Mill critica que se recurra a la naturaleza y sostiene que nada puede saberse sobre las diferencias naturales, de haber alguna, entre mujeres y hombres hasta que se disponga de pruebas de sus respectivos atributos en las relaciones e instituciones donde interactúen como iguales y no como superiores e inferiores. Gran parte de la argumentación de Mill iba dirigida contra los poderes legalmente prescritos de los maridos, que les conferían una posición de amo/esclava respecto de sus mujeres. La reforma legal debería transformar la familia, que convertiría una «escuela de despotismo» en una «escuela de compasión y de igualdad», en una «verdadera escuela de las virtudes de la libertad»²⁸. Sin embargo, como han señalado recientes críticas feministas, al final vuelve a caer en la argumentación a partir de la naturaleza que está criticando. Pese a que Mill sostiene que en las circunstancias imperantes de socialización, carencia de formación, de oportunidades ocupacionales y de presiones legales y sociales a las que están sometidas las mujeres, éstas no podían elegir libremente casarse o no, da por supuesto al mismo tiempo que, incluso después de la reforma social, la mayoría de las mujeres seguirán optando por la dependencia marital. Mill afirma que, por lo general, se entenderá que cuando una mujer se casa escoge su «carrera», como sucede cuando un hombre empieza a dedicarse a una profesión: «Ella elige hacerse cargo de un hogar, sostener una familia, como la primera de sus obligaciones ... Renuncia a toda ocupación que no concuerde con las exigencias que esto comporta»²⁹. De este modo, Mill omite claramente la cuestión de por qué, si el matrimonio es una «carrera», los argumentos liberales sobre la igualdad (pública) de oportunidades tienen alguna importancia para las mujeres.

27 Mill, *The Subjection*, pág. 146.

28 *Ibid.*, págs. 174-175.

29 *Ibid.*, pág. 179.

Mill planteó la primera medida en favor del sufragio femenino en la Cámara de los Comunes en 1867. Defendió el voto para las mujeres por las mismas dos razones que defendió el voto para los hombres: porque era necesario para la autoprotección, o para la protección de los propios intereses, y porque la participación política aumentaría las capacidades de las mujeres. No obstante, no se acostumbra a percibir que la aceptación de Mill de una división del trabajo sexualmente adscrita, o que la aceptación de la separación entre la vida doméstica y la vida pública, socava desde la base su argumentación en favor del voto de las mujeres. La dificultad obvia de su postura es que las mujeres, en tanto que esposas, estarán básicamente confinadas al pequeño círculo familiar, de manera que no les resultará nada fácil emplear su voto para proteger sus intereses. Las mujeres no serán capaces de aprender cuáles son sus intereses si carecen de experiencia fuera de la vida doméstica. Este punto es aún más crucial para la postura de Mill sobre el desarrollo individual y la formación a través de la participación política. Mill, en lo que Benn y Gaus denominan su «texto liberal por antonomasia», alude al desarrollo de un «espíritu público» por parte de los ciudadanos³⁰. En *The Subjection* escribe sobre la superación del individuo «como ser moral, espiritual y social» que se deriva de «la ennoblecedora influencia» del gobierno libre³¹. Se trata de una rotunda afirmación en defensa de la celebración periódica de elecciones, aunque Mill no pensaba que tales consecuencias fuesen sólo un producto del sufragio. Escribió que la «ciudadanía» –entendiendo por ella en este caso sufragio universal– «ocupa sólo un pequeño lugar en la vida moderna y no repercute en los hábitos cotidianos ni en los sentimientos más Íntimos»³². Mill prosigue afirmando que la familia (reformada) es la verdadera escuela de la libertad. Sin embargo, esto no es más plausible que el supuesto sobre la votación democrático-liberal. Una familia despótica y patriarcal no es una escuela para la ciudadanía democrática, pero la familia igualitaria tampoco puede, por sí misma, sustituir la participación en una amplia gama de instituciones sociales (especialmente el lugar de trabajo) que Mill, en sus otros escritos políticos y sociales, considera necesarias para la

30 Véase Benn y Gaus, *Public and Private*, cap. 2, en el que se refieren a las *Considerations on Representative Government* de Mill.

31 Mill, *The Subjection*, pág. 237.

32 *Ibid.*, pág. 174.

educación de la ciudadanía. ¿Cómo pueden las mujeres que han «elegido» la vida privada desarrollar un espíritu público? En estas circunstancias, las mujeres serían el paradigma de los seres egoístas, privados, carentes del sentido de la justicia que, según Mill, aparecen cuando los individuos están faltos de experiencia en la vida pública.

La incapacidad de Mill para cuestionar la «natural» división sexual del trabajo socava su defensa de un estatus público igual para las mujeres. En *The Subjection*, su argumentación se basa en una ampliación de los principios políticos al ámbito doméstico, lo que cuestiona inmediatamente la separación de lo privado y lo público, así como la oposición entre los principios de asociación entre las dos esferas. Benn y Gaus no lo hubiesen considerado un pensador liberal «ejemplar» de no haber suscrito, al menos en parte, la ideología patriarcal-liberal de la separación entre público y privado. Por otra parte, al plantear dudas sobre la separación original lockeana entre poder paternal y poder político, y al defender que los mismos principios políticos son aplicables a la estructura de la vida familiar como lo son a la vida política, Mill plantea también una gran pregunta sobre el estatus de la familia. El lenguaje de «esclavos», «señores», «igualdad», «libertad» y «justicia» implica que la familia es una asociación convencional, no natural. Mill no hubiese querido extraer la conclusión de que la familia es algo político, pero muchas feministas contemporáneas lo han hecho. La consigna más popular del movimiento feminista actual es «lo personal es político», lo que no sólo rechaza explícitamente la separación liberal de lo público y lo privado, sino que implica también que no puede ni debe trazarse distinción alguna entre los dos ámbitos.

IV. «Lo personal y lo político»

La consigna «lo personal es político» ofrece una referencia útil a partir de la que comentar algunas de las ambigüedades de lo público y lo privado en el patriarcalismo liberal y también, a la luz de algunas de sus interpretaciones feministas más literales, para abundar en una concepción alternativa, desde una postura feminista, de lo político. El impacto principal de esta consigna ha sido desenmascarar el carácter ideológico de los supuestos liberales sobre lo privado y lo público. «Lo personal es político» ha llamado la atención de

las mujeres sobre la manera en la que se nos insta a contemplar la vida social en términos personales, como si se tratase de una cuestión de capacidad o de suerte individual a la hora de encontrar a un hombre decente con el que casarse o un lugar apropiado en el que vivir. Las feministas han hecho hincapié en cómo las circunstancias personales están estructuradas por factores públicos, por leyes sobre la violación y el aborto, por el estatus de «esposa», por políticas relativas al cuidado de las criaturas y por la asignación de subsidios propios del Estado del bienestar y por la división sexual del trabajo en el hogar y fuera de él. Por tanto, los problemas «personales» sólo se pueden resolver a través de medios y de acciones políticas.

La popularidad de la consigna y la fuerza que confiere a las feministas se deriva de la complejidad de la posición de la mujer en las sociedades liberal-patriarcales contemporáneas. Se considera que lo privado o personal y lo público o político son independientes e irrelevantes entre sí. La experiencia cotidiana de las mujeres confirma esta separación aunque, simultáneamente, esta experiencia niega y afirma la conexión integral entre ambas esferas. La separación de lo privado y lo público es tanto una parte de nuestras vidas reales como una mixtificación ideológica de la realidad liberal-patriarcal.

La separación de la vida privada doméstica de las mujeres del mundo público de los hombres ha sido algo constitutivo del liberalismo patriarcal desde sus orígenes y, desde mediados del siglo diecinueve, la esposa económicamente dependiente se ha presentado como el ideal para todas las clases respetables de la sociedad. En la actualidad, la identificación de las mujeres con la esfera doméstica queda reforzada por el resurgimiento de organizaciones antifeministas y por la reformulación «científica» que hacen los sociobiólogos de las argumentaciones basadas en la naturaleza³³. Evidentemente, las mujeres nunca fueron totalmente excluidas de la vida pública, pero la forma en que se produjo su inclusión se basó, con la misma firmeza que su posición en la esfera doméstica, en creencias y prácticas patriarcales. Por ejemplo, no eran pocos los antisufragistas que consideraban que las mujeres podían recibir educación, puesto que así podrían ser buenas madres, y también que debían compromete-

33 Sobre la sociobiología véase, por ejemplo, E. O. Wilson, *Sociobiology: The New Synthesis*, Cambridge, Harvard University Press, 1975 [existe edición castellana de Omega editorial], y S. Goldberg, *The Inevitability of Patriarchy*, 2a edición, Nueva York, W. Morrow, 1974. Para una crítica, véase, por ejemplo, P. Green, *The Pursuit of Inequality*, Oxford, Martin Robertson, 1985, cap. 5.

terse con la política local y la filantropía, puesto que estas actividades, a diferencia del voto, podían considerarse una extensión directa de sus tareas domésticas. En la actualidad, las mujeres todavía siguen teniendo, en el mejor de los casos, una representación meramente simbólica en los organismos públicos relevantes; la vida pública, aunque no totalmente exenta de mujeres, sigue siendo el mundo de los hombres y sigue estando dominada por ellos.

Por otra parte, un gran número de esposas de la clase obrera han tenido siempre que entrar en el mundo público del empleo remunerado para asegurar la supervivencia de sus familias, no en vano una de las características más notorias del capitalismo de posguerra ha sido el empleo de un número siempre creciente de mujeres casadas. No obstante, su presencia sirve para subrayar la continuidad patriarcal existente entre la división sexual del trabajo en la familia y la división sexual del trabajo en el ámbito profesional. Las investigaciones feministas han mostrado que las mujeres trabajadoras se concentran en unas pocas áreas ocupacionales («trabajos propios de mujeres») y en empleos poco remunerados, de bajo estatus y consideración auxiliar³⁴. Asimismo, las feministas han llamado la atención sobre el hecho de que los debates sobre la vida laboral, bien desde el *laissez-faire* liberal bien desde el marxismo, dan siempre por supuesto que es posible entender la actividad económica prescindiendo de la vida doméstica. Se «olvida» que el trabajador —que invariablemente se considera que es un hombre— puede estar listo para trabajar y para concentrarse en su trabajo completamente liberado de la cotidiana necesidad de preparar la comida, fregar, lavar y atender a los hijos/as, sólo porque estas tareas son realizadas de forma no remunerada por su esposa. Y si ésta es también una trabajadora asalariada, tiene que dedicar una jornada complementaria a estas actividades «naturales». Por consiguiente, sólo será posible obtener un análisis y una explicación completa de la estructura y de la forma en la que opera el capitalismo cuando, además de la figura del trabajador, se tenga en cuenta también la del ama de casa.

Las feministas han llegado a la conclusión de que, en realidad, los mundos liberales «separados» de la vida privada y la vida pública están interrela-

³⁴ Véase, por ejemplo, en el caso de Australia, K. Hargreaves, *Women at Work*, Hardmonsworth, Penguin Books, 1982; en el de Inglaterra, J. West (comp.), *Women, Work and the Labour Market*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1982; en el de Estados Unidos, Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism*, cap. 9.

cionados, conectados por una estructura patriarcal. Esta conclusión pone de nuevo en primer plano el problema del estatus de la esfera «natural» de la familia, que se presupone cercana a –aunque separada de e irrelevante para– las relaciones convencionales de la sociedad civil. La esfera de la vida doméstica está en el corazón de la sociedad civil, no es algo aparte o separado de ella. Que por lo general se considera que esto es así se evidencia en la preocupación contemporánea por la crisis, el declive y la desintegración de la familia nuclear, que se considera el baluarte de la vida moral civilizada. Que la familia sea uno de los principales «problemas sociales» es importante, puesto que lo «social» es una categoría inherente a la sociedad civil y no algo ajeno a ella o, dicho con mayor precisión, es una de las dos caras en las que se puede dividir la sociedad civil; lo social (privado) y lo político (público). Recientemente, Donzelot ha explorado cómo la emergencia de lo social representa también la emergencia del «trabajo social» y de una amplia gama de formas de ordenar (políticamente) la familia, confirmando a las madres un estatus social y el control sobre sus hijos³⁵. También las feministas han investigado cómo está regulada la vida personal y familiar, una investigación que contradice el supuesto liberal convencional en virtud del cual la autoridad del Estado se detiene en el umbral del hogar. Diversos trabajos han demostrado que la familia es una de las principales preocupaciones del Estado y cómo, a través de la legislación relativa al matrimonio y a la sexualidad, así como mediante las políticas del Estado del bienestar, el poder del Estado presupone y mantiene el estatus subordinado de las mujeres³⁶.

Estas críticas feministas a la dicotomía entre privado y público subrayan que estas categorías aluden a dos dimensiones interrelacionadas de la estructura del patriarcalismo liberal; no necesariamente sugieren que no pueda o no deba trazarse ninguna distinción entre los aspectos personal y político de

35 J. Donzelot, *The Policing of Families*, Nueva York, Pantheon Books, 1979. “Lo que más sorprende es el estatus que “lo social” ha ganado en nuestras mentes, como algo que damos por supuesto», pág. XXVI.

36 Sobre el matrimonio, véase, por ejemplo, D. L. Barker, «The Regulation of Marriage: Repressive Benevolence», en G. Littlejohn et al. (comps.), *Power and the State*, Londres, Croom Helm, 1978; sobre la violación, véase C. Pateman, “Women and Consent», en *The Disorder of Women*, Cambridge, Polity Press, 1989, cap. 4, y A. G. Johnson, “On the Prevalence of Rape in the United States», en *Signs*, vol. 6, n.º 1, 1980, págs. 136-146; sobre el Estado del bienestar, véase, por ejemplo, E. Wilson, *Women and the Welfare State*, Londres, Tavistock, 1977.

la vida social. Sin embargo, la consigna «lo personal es político» se puede tomar en sentido literal. Por ejemplo, Millett rechaza implícitamente en *Sexual Politics* la distinción lockeana entre poder paternal y poder político. En ciencia política, lo político se acostumbra a definir en términos de poder, pero los politólogos invariablemente se resisten a llevar su definición a su conclusión lógica. Millett coincide con la definición pero, por el contrario, sostiene que todo poder es político, de manera que, puesto que los hombres ejercen su poder sobre las mujeres en multitud de formas en la vida personal, tiene sentido hablar de «política sexual», y de «dominio sexual que... proporciona el concepto de poder más fundamental de todos»³⁷. Lo personal se convierte en lo político. Este enfoque ilumina muchos aspectos desagradables de la vida doméstica, especialmente su violencia, que con demasiada frecuencia permanece oculta, aunque no represente un gran avance en la crítica al liberalismo patriarcal. Así como las feministas radicales intentan eliminar la naturaleza, una de las caras de la dicotomía. Millett intenta eliminar el poder, emulando así la visión sufragista de una transformación moral de la política. Pero esto no contribuye en nada a cuestionar la asociación (o identificación) liberal de lo político con el poder, ni para cuestionar la asociación de las mujeres con el lado «moral» de la dualidad.

Otras feministas han rechazado también la identificación de lo político con el poder. En algunas ocasiones, conservando en sus mentes el patriarcalismo liberal, se limitan a sostener que, propiamente entendida, la vida política es intrínsecamente femenina³⁸. Por otra parte, el rechazo feminista del poder «masculino», que produce un resultado más relevante, se basa también en una idea alternativa de lo político. Se sostiene que lo político es «el ámbito de los valores y de la ciudadanía compartidos»³⁹ o que «comprende valores compartidos y preocupaciones cívicas en las cuales el poder no es más que uno de sus aspectos»⁴⁰. Estas ideas aún no están desarrolladas desde una perspectiva feminista, aunque están íntimamente relacionadas con los argumen-

37 K. Millett, *Sexual Politics*, Hart-Davis, Londres, 1971, págs. 25-26.

38 N. McWilliams, «Contemporary Feminism, Consciousness Raising and Changing Views of the Political», en J. Jaquette (comp.), *Women In Politics*, Nueva York, Wiley, 1974, pág. 161.

39 *Ibid.*

40 L. B. Iglitzin, «The Making of Apolitical Woman: Femininity and Sex-Stereotyping in Girls», en Jaquette, *Women in Politics*, pág. 34.

tos de las críticas del liberalismo que deploran la despolitización de la sociedad civil o que el liberalismo haya perdido un sentido específico de lo político. Por ejemplo, Habermas defiende una comunicación pública y compartida, que permita que los problemas políticos se puedan evaluar racionalmente; Wolin, por su parte, señala que lo «público» y lo «común» son «sinónimos de lo que es político», de manera que «una de las cualidades esenciales de lo político ... es su relación con lo que es «público»»⁴¹. Estos críticos y algunas feministas coinciden en que lo que no es personal es público, y en que lo que es público es político. Ello implica que no existe división alguna dentro de la sociedad civil, que es el reino de la vida pública, colectiva, común y política de la comunidad. Sin embargo, la argumentación se acostumbra a desarrollar sin considerar en absoluto cómo esta concepción de la esfera pública-política está relacionada con la vida doméstica, o sin indicación alguna de que se plantee tal problema. Lo que puede decirse es que, pese a que lo personal no es lo político, las dos esferas están interrelacionadas, son dimensiones necesarias de un futuro orden social democrático feminista.

V. Condiciones de una alternativa feminista al patriarcalismo liberal

Las críticas feministas de la oposición liberal-patriarcal de lo privado y lo público plantean cuestiones teóricas fundamentales, así como complejos problemas prácticos relativos a cómo lograr una transformación social radical. Pero una objeción a los planteamientos feministas niega que nuestro proyecto sea siquiera razonable. Por ejemplo, desde una posición favorable al feminismo, Wolff ha afirmado recientemente que superar la separación de las dos esferas presenta un problema intrínsecamente insoluble. «Luchar contra la división no tiene sentido», lo máximo que se puede lograr son ajustes *ad hoc* del orden existente. La separación de lo público y lo privado se deriva de dos «concepciones totalmente incompatibles pero igualmente plausibles de la naturaleza humana». Según una de ellas, «el hombre (*sic*) es esencialmente racional, atemporal y ahistórico», mientras que la segunda sostiene que «el

41 J. Habermas, «The Public Sphere», y Wolin, *Politics and Vision*, págs. 9, 2.

hombre, en lo esencial, es un ser temporalmente limitado y condicionado histórica, cultural y biológicamente»⁴². Argumentar que en el ámbito público todo el mundo debiera ser tratado como si los factores del sexo, raza, color, edad y religión fuesen irrelevantes, es insistir en que deberíamos negar las realidades humanas más básicas sobre nosotros mismos, acentuando así la deshumanización y la alienación del presente. Pero las dos nociones de Wolff no corresponden a una «única» naturaleza humana, y distan mucho de ser plausibles por igual, ya que representan la idea liberal-patriarcal de las verdaderas naturalezas de las mujeres (privadas) y de los hombres (públicas). Los seres humanos son criaturas temporalmente limitadas, y biológica y culturalmente específicas. Sólo desde una perspectiva individualista liberal (sin percatarse de que uno está situado en una perspectiva patriarcalista) que abstrae al individuo varón de la esfera en la que su esposa sigue sometida a subordinación natural, abstracción que posteriormente generaliza para hablar de hombre público, puede aparecer como algo filosófica o sociológicamente plausible una oposición semejante de la naturaleza «humana», de mujeres y hombres, de lo privado y lo público.

Las feministas están intentando desarrollar una teoría de la práctica social que, por primera vez en el mundo occidental, sería una teoría verdaderamente general –que incluiría a las mujeres y a los hombres por igual– basada en la interrelación, y no en la separación y oposición –de la vida individual y la colectiva, o de la vida personal y la política–. A un nivel inmediatamente práctico, esta necesidad se expresa en la que quizá sea la conclusión más clara de las críticas feministas: si las mujeres han de participar plenamente, como iguales, en la vida social, los hombres han de compartir por igual la crianza de los hijos/as y otras tareas domésticas. Mientras a las mujeres se las identifique con este trabajo «privado», su estatus público siempre se verá debilitado. Esta conclusión no niega –como se suele aducir– el hecho biológico de que son las mujeres, y no los hombres, las que *paren* las criaturas; lo que niega es

42 R. P. Wolff, «There's Nobody Here but Us Persons», en C. Gould y M. Wartofsky (comps.), en *Women and Philosophy*, Nueva York, Putnams, 1976, págs. 137, 142-143. Wolff se opone también a la lucha feminista contra la separación de lo privado y lo público porque ésta construye supuestos normativos sobre la naturaleza humana dentro de la defensa de nuevas formas de instituciones sociales; una observación extrañamente fuera de lugar a la luz de los supuestos sobre la naturaleza de las mujeres y los hombres encarnados en el liberalismo patriarcal.

el Supuesto patriarcal en virtud del cual este hecho natural conlleva que únicamente las mujeres pueden *criarlas*. Que padre y madre compartan por igual la responsabilidad en la crianza de sus hijos e hijas, y que participen por igual en otras actividades de la vida doméstica, presupone algunos cambios radicales en la esfera pública, en la organización de la producción, en lo que entendemos por «trabajo» y en la práctica de la ciudadanía. La crítica feminista de la división sexual del trabajo en la empresa y en las organizaciones políticas de cualquier tipo de creencia ideológica, y su rechazo del concepto liberal-patriarcal de lo político, amplía y profundiza el desafío al capitalismo liberal planteado por las críticas democrático-participacionistas y marxistas de las dos últimas décadas, pero va mucho más lejos que ellas.

La tentación, como demuestra el argumento de Wolff, es suponer que si las mujeres deben ocupar su lugar como «individuos» públicos, entonces el conflicto reside en la universalización del liberalismo. Pero ello implica ignorar el avance feminista consistente en hacer aflorar el carácter patriarcal del liberalismo, así como las ambigüedades y contradicciones de su concepción de lo privado y lo público. Todavía está pendiente un análisis exhaustivo de las diversas expresiones de la dicotomía entre lo privado y lo público, así como una exploración más profunda de la que es posible en este texto de las implicaciones de la doble separación entre la vida doméstica y la vida civil, y de la separación de lo privado y lo público dentro de la propia sociedad civil. Las críticas feministas implican una perspectiva dialéctica sobre la vida social como alternativa a las dicotomías y oposiciones del liberalismo patriarcal. Resulta tentador, como demuestran las propias feministas, sustituir la oposición por la negación (negar que la naturaleza tenga algún papel en un orden feminista), o bien dar por supuesto que la alternativa a la oposición es la armonía y la identificación (lo personal es político; la familia es política). Los supuestos del liberalismo patriarcal sólo permiten estas dos alternativas, pero las críticas feministas consideran que hay una tercera.

El feminismo persigue un orden social diferenciado dentro del cual las diversas dimensiones son distintas pero no separadas u opuestas, basado en una concepción social de la individualidad, que incluye a mujeres y hombres como seres biológicamente diferenciados pero no como criaturas desiguales. Sin embargo, mujeres y hombres, y lo privado y lo público, no están necesariamente en armonía. Dadas las implicaciones sociales de las capacidades

reproductivas de las mujeres⁴³, seguramente es utópico suponer que la tensión entre lo personal y lo político, entre amor y justicia, entre individualidad y comunalidad desaparecerá con el liberalismo patriarcal.

El conjunto de problemas filosóficos y políticos que abarcan –implícita o explícitamente– las críticas feministas indica que una alternativa feminista al liberalismo patriarcal plenamente desarrollada ofrecería la primera «crítica» verdaderamente «total» del mismo⁴⁴. Tres grandes críticos varones del liberalismo abstractamente individualista han afirmado haber realizado ya tal crítica, aunque hay que rechazar tal pretensión. Tanto Rousseau como Hegel y Marx pretendieron haber dejado atrás las abstracciones y las dicotomías del liberalismo, conservando la individualidad dentro de la comunidad. Rousseau y Hegel excluyeron explícitamente a las mujeres de esta empresa, confinando a estos seres políticamente peligrosos a la oscuridad del mundo natural de la familia; Marx tampoco logró librarse –ni él ni su filosofía– de supuestos patriarcales. La crítica feminista total de la oposición liberal entre lo público y lo privado todavía espera a su filósofo/a.

43. Véase R. P. Petchesky, «Reproductive Freedom: Beyond “A Woman’s Right to Choose”», en *Signs*, vol. 5, n.º 4, 1980, págs. 661-685.

44. He tomado la frase de R. M. Unger, *Knowledge and Politics*, Nueva York, Free Press, 1975. También debe rechazarse la afirmación de Unger de haber realizado una crítica total al liberalismo. Este autor no logra advertir que las antinomias entre teoría y hecho, razón y deseo, y normas y valores son, al mismo tiempo, expresiones de la antinomia patriarcal entre hombre y mujer. Unger sostiene (pág. 59) que «la forma política de la oposición de la razón formal y el deseo arbitrario es el contraste entre la existencia pública y la privada», pero es también la oposición entre la «naturaleza» de hombres y mujeres.



2

**Los movimientos feministas
y la masculinidad**

El enigma masculino

*La gran X**

Elisabeth Badinter

Sumario

I. ¿Qué es el hombre? II. Cuando el hombre era el Hombre. III. Las anteriores crisis de la masculinidad. 3.1. La crisis de la masculinidad durante los siglos XVII y XVIII. 3.2. La crisis de la masculinidad entre los siglos XIX y XX. IV. La polémica actual. 4.1. ¿Está el hombre sobredeterminado o indeterminado? 4.2. Los diferencialistas o el eterno masculino. 4.3. Los consuetivistas o la masculinidad resquebrajada.

I. ¿Qué es el hombre?

¿Cuál es la esencia del macho humano? Se ha aceptado espontáneamente la idea de un eterno masculino, despreciando la observación de Rousseau; “El macho sólo es macho en ciertos momentos, la hembra es hembra a lo largo de toda su vida, o al menos, durante toda su juventud”¹. Ante la dificultad de aceptar una realidad inconstante, se ha preferido creer que la masculinidad

* Elisabeth Badinter, “El enigma masculino, la gran X”, en *XY la identidad masculina*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993, pp. 15-56.

1 *Emile*, Libro V, La Pléiade, Gallimard, 1969, pág. 697. Trad. cast. *Emilio o de la educación*, Madrid, 1990.

es un principio universal y permanente, que está por encima del tiempo, el espacio y las edades de la vida. La misma naturaleza nos sugiere ese principio al exhibir la diferencia entre los sexos. Apenas nace un niño, se le asigna un sexo. Y si existe alguna duda, la genética se encarga de resolver el problema que plantea la deficiencia anatómica.

Sin embargo, esas evidencias a las que tan a menudo se recurre no logran zanjar la discusión. El lenguaje cotidiano refleja nuestras dudas, nuestra inquietud incluso, al referirse, a la masculinidad como un objetivo, como un deber ser. Ser hombre es una expresión que se usa más en imperativo que en indicativo. La orden, tantas veces oída de “Sé un hombre”, implica que no es algo que se dé por sentado y que la virilidad puede no ser tan natural como se pretende. Y significa, además, que el hecho de detentar un cromosoma y u órganos sexuales masculinos no basta para circunscribir al macho humano. Ser hombre implica un trabajo, un esfuerzo. No sucede lo mismo con la mujer. Así como no suele oírse: “Sé una mujer”, como un llamado al orden, la exhortación al niño, al adolescente, e incluso al hombre adulto es lugar común en la mayoría de las sociedades². Actuamos, sin tener plena conciencia de ello, como si la feminidad fuera algo natural e ineluctable y la masculinidad debiera adquirirse y pagarse caro. Desde el momento en que se le exigen al hombre pruebas de virilidad es porque ni él mismo ni los que lo rodean están convencidos de su identidad sexual. “Prueba que eres un hombre” es el reto permanente al que se enfrenta cualquier ser humano de género masculino y para demostrarlo, debe someterse a pruebas por las que las mujeres nunca tendrán que pasar. La menstruación llega naturalmente, sin esfuerzo cuando no sin dolor, y la niña es declarada mujer para siempre. Sin embargo, hoy en día las cosas han cambiado para el niño de la civilización occidental. Y no porque haya desaparecido la necesidad arcaica de probar la virilidad, sino porque nunca fue tan grande la contradicción entre la necesidad de hacer evidente el género y la ausencia de pruebas ciertas y definitivas.

La confusión se hace aún mayor cuando se habla de *un verdadero hombre* para referirse al hombre viril. ¿Resulta entonces que hay seres humanos que son hombres sólo en apariencia, que en realidad son falsos hombres? Muchos

2 David D. Gilmore, *Manhood in the Making. Cultural Concepts of Masculinity*, Yale University Press, 1990, pág. 2.

se quejan hoy en día de la falta de feminidad de las mujeres, pero es raro que éstas duden de su identidad. Los hombres, en cambio, crean distinciones entre ellos agregando la etiqueta de calidad “verdadero” y se interrogan secretamente para saber si merecen esa calificación.

Palabras como *deberes, demostraciones o pruebas* muestran que para llegar a ser hombre es necesario emprender toda una tarea. La virilidad no es algo que se les haya dado, deben construirla, “fabricarla”. El hombre es, pues, una especie de artefacto, y como tal puede resultar defectuoso. Defectos de fábrica, fallas en la maquinaria viril, dicho en otras palabras, el hombre puede llegar a ser un fracaso. Se trata de una empresa tan arriesgada, que los que logran alcanzar el éxito merecen reconocimiento. Como dice Pierre Bourdieu: “Para alabar a un hombre, basta con decir de él que ‘es un hombre’”³. Esta es la fórmula de la *illusio* viril. Y subraya el esfuerzo patético que se requiere para estar a la altura de esa idea de hombre y el dolor que produce no lograrlo.

A este drama se añade un nuevo sufrimiento. Hoy en día han desaparecido los puntos de referencia y el hombre de fines del siglo XX ya no sabe cómo definirse. A la pregunta de “¿qué es el hombre?”, Günter Grass responde: “Un lugar de enojoso sufrimiento ... un juguete del destino ... un teatro de angustia y desesperanza”⁴. Estas palabras fueron escritas justamente en los años 70, época en que los hombres empiezan a preguntarse por su identidad. Siguiendo el ejemplo de las feministas que protestan contra los roles tradicionales que les han sido asignados, los hombres expresan su deseo de liberarse de las obligaciones de la *illusio* viril. En los Estados Unidos, los teóricos de las ciencias humanas discuten sobre el ideal masculino, considerado como fuente de alienación y causa de desavenencia con las mujeres. En esos años 70 que vieron aparecer los primeros trabajos científicos sobre la masculinidad⁵, predomina el tono de pasión que acompaña a toda denuncia. Una especie de furor impulsa a cuestionar la norma y a mostrar las contra-

3 P. Bourdieu, “La domination masculine”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, N° 84, septiembre de 1990, pág. 21.

4 Günter Grass, *El rodaballo*, 1977, Alfaguara, 1980, pág. 250.

5 Con excepción del libro de Mare Geigen-Fasteau, *Le robot male*, publicado en 1974 en los Estados Unidos y en 1974 en Francia por Denoël-Gontier, los demás no tuvieron el honor de una traducción. Se trata de Warren Farrell, *The Liberated Man* (1975), J. Pleck y J. Sawyer, *Men and Masculinity* (1974) y D. David y R. Brannon, *The Forty-nine Percent Majority* (1976).

dicciones que ésta le impone al macho humano. Pero al placer de la denuncia y de la destrucción del modelo le sigue, en los años 80, un período de pesada y angustiada incertidumbre. El hombre empieza a ser considerado más como un problema que como un hecho dado. La australiana Lynne Segal⁶, y la norteamericana Catherine Stimpson⁷, dos especialistas en el tema, llegan a la misma conclusión: “El hombre se ha vuelto un verdadero misterio.” Su esencia, la virilidad, se ve amenazada en su unidad. La clase, la edad, la raza o la preferencia sexual se convierten en factores de diferenciación masculina y los anglo-americanos ya sólo hablan de la masculinidad en plural.

Mientras que los investigadores franceses mantienen una actitud discreta frente al tema⁸, muchos novelistas en cambio se han sentido afectados y expresan con palabras simples su desconcierto. Philippe Djian es uno de ellos. En *Lent dehors*, que cuenta la historia de un hombre desde la infancia hasta la madurez, el héroe declara: “Durante muchos años pensé que la mujer era un misterio absoluto. Hoy tengo que aceptar que es a mí mismo en cuanto hombre a quien no logro comprender... Creo que puedo entender para qué sirve una mujer, pero un hombre, ¿para qué sirve exactamente? ¿Qué significa: soy un hombre?” Para P. Djian, el hombre es el gran misterio. Anda sin brújula⁹.

Semejantes planteamientos eran impensables hace tan sólo treinta años. Los hombres tenían tan claro lo que eran que ninguno se le ocurría preguntarse por la identidad masculina. ¿Qué fue lo que ocurrió entonces? Muchos acusan al feminismo de los años 60 de haber “desestabilizado las oposiciones reglamentadas y confundido las referencias estables”¹⁰. En realidad, el feminismo occidental más que confundir las referencias, lo que hizo fue mostrar desnudo al rey. Al acabar con la distinción entre los roles y tomarse sistemáticamente todos los campos que antes estaban reservados a los hombres¹¹, las

6 Lynne Segal, *Slow Motion. Changing Masculinities, Changing Men*, Virago Press, Gran Bretaña, 1990, y Rutgers University Press, pág. IX.

7 Catherine Stimpson, prefacio de Harry Brod (ed.), *The Making of Masculinities. The New Men's Studies*, Boston, Unwin Hyman Inc., 1987, pág. XI.

8 Sea el momento de rendir homenaje al trabajo precursor de Emmanuel Reynaud, *La Sainte virilité*, ed. Syros, 1981.

9 Philippe Djian, *Lent dehors*, Bernard Barrault, 1991, págs. 44, 63.

10 Gilles Lipovetsky, *L'Ere du vide*, Gallimard, 1983, pág. 80.

11 E. Badinter, *L'Un est l'autre: des relations entre hommes et femmes*, O. Jacob, 1986, 3ª parte, la semejanza entre los sexos. Trad. Cast. *El uno es el otro*, Barcelona, 1987.

mujeres demostraron lo que caracterizaba universalmente al hombre: su superioridad sobre la mujer. Desde el origen del patriarcado el hombre se definió siempre como un ser humano privilegiado, dotado de algo *más* que las mujeres ignoraban. Se consideraba *más* fuerte, *más* inteligente, *más* valiente, *más* responsable, *más* creador o *más* racional. Y ese *más* justificaba su relación jerárquica con las mujeres o, al menos, con su propia mujer. Pierre Bourdieu explica que “ser hombre es estar instalado por derecho propio en una posición que implica poderes”¹². Y concluye precisamente que “la *illusio* viril le sirve de fundamento a la libidu *libido dominandi*”. Pero también se puede invertir la idea y decir que la fundamenta la virilidad, así sea ilusoria. Y aunque “el dominante sea dominado por su dominación”, ésta última constituía el criterio definitivo de la identidad masculina. Con su desaparición progresiva, el hombre se ha visto enfrentado a un vacío de definiciones. Hay motivos entonces para sentir angustia por todos aquellos jóvenes que navegan alertas para evitar dos escollos: no ser suficientemente machos, o serlo demasiado.

Los norteamericanos comprendieron mucho antes que los demás la urgencia de replantearse la masculinidad, y dieron origen a los *Men's Studies* que han proliferado en Inglaterra, en los Estados Unidos¹³, en Australia y en menor grado en los países nórdicos. El hecho de que tal cuestionamiento provenga esencialmente de los países anglo-americanos se debe probablemente a que ésta es una civilización que siempre ha estado obsesionada por la virilidad, como lo prueban su historia, su arte y su cultura. Sus mujeres fueron muy diferentes a las francesas y su feminismo mucho más radical y poderoso por razones históricas y psicológicas que aún no han sido establecidas. De hecho, las feministas norteamericanas suelen reprocharle a las francesas su excesiva tolerancia con los hombres. Y la verdad es que pese a las polémicas y a las críticas que enfrentaron a hombres y mujeres, las francesas nunca rompieron el diálogo con su cómplice. La solidaridad entre los sexos le sobrevivió a todo, incluso a los períodos de discusión más agudos. De este lado del Atlántico la virilidad es menos controvertida, la violencia masculina es menos fuerte, los hombres le tienen menos miedo a las mujeres y viceversa. Conclusión: el problema de la masculinidad se ha planteado aquí con menos

12 *Op. cit.*, pág. 21.

13 Hay más de 200 departamentos de *Men's Studies* en los Estados Unidos.

virulencia que en otras partes, lo que no impide que tanto hombres como mujeres se hayan visto afectados.

II. Cuando el hombre era el Hombre

Las lenguas francesa y española —hoy como ayer— utilizan la misma palabra para designar al macho y al ser humano. En caso de confusión es sólo cuestión de aclarar si se escribe con mayúscula o con minúscula. Con ello, el francés no hace más que confirmar la tendencia que viene desde la Antigüedad griega a asimilar ambos significados. El hombre (*vir*) se asume como universal (*homo*). Se considera como el representante más logrado de la humanidad, como el criterio que sirve de punto referencia. Dos enfoques aparentemente diferentes sobre el dualismo de los sexos dividen el pensamiento occidental¹⁴; el que privilegia el modelo de la semejanza y el que cree en una oposición. En ambos casos se establece la superioridad del hombre y se justifica su dominación sobre la mujer.

Según Thomas Laqueur, hasta principios del siglo XVIII el pensamiento estuvo dominado por el *one sex model* o modelo unisexo. Éste reaparece luego, de tanto en tanto, concretamente en Freud, pero el que se impone durante los siglos XIX y XX, es decir, hasta ayer, es el modelo que opone a los sexos.

¿Qué significa *one sex model*? ¿Contradice esta teoría el dualismo de los sexos? Durante mucho tiempo fue común la idea de que las mujeres tenían los mismos órganos genitales que los hombres, con la única diferencia de que los de ellas estaban al interior del cuerpo y no al exterior¹⁵. En pleno siglo XVIII escribe Diderot: “La mujer tiene las mismas partes que el hombre, la única diferencia que hay es una bolsa que cuelga hacia afuera o una bolsa vuelta hacia

14 Este pasaje se inspira en la brillante obra del norteamericano Thomas Laqueur, *Making Sex, Body and Gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, 1990.

15 Quien mejor desarrolló la identidad estructural de los órganos de reproducción masculinos y femeninos fue Galien. Sostuvo la tesis según la cuales las mujeres eran esencialmente hombres a los que les faltaba el calor vital, marca de la perfección. Esa falta de calor era la causa de que se retuviera en el interior lo que en el hombre está al exterior. Desde esta óptica, la vagina es considerada como un pene interno, el útero como el escroto, los ovarios como los testículos. Para apoyar sus teorías, Galien se basaba en las disecciones del anatomista alejandrino Herófilo en el siglo III antes de Cristo.

adentro”¹⁶. Durante casi dos milenios el lenguaje acogió este punto de vista. El ovario, que desde principios del siglo XIX sería considerado como la metonimia de la mujer, sólo tuvo nombre propio desde finales del siglo XVII¹⁷.

Como dice Thomas Laqueur, antes del Siglo de las Luces el sexo o el cuerpo eran considerados como epifenómenos, mientras que el género, que hoy vemos como una categoría cultural, era el hecho básico y primordial. Ser hombre o mujer hacía referencia a un rango, a un lugar en la sociedad, a una función cultural, y no a un ser biológicamente opuesto al otro. Este modelo de unicidad sexual trajo consigo un dualismo cualitativo en el que el hombre ocupaba el polo luminoso. Pero aunque las diferencias entre los sexos fueran de grado y no de naturaleza seguía existiendo una jerarquía. La mujer se medía con respecto a la perfección masculina, y puesto que era contraria al hombre, era menos perfecta.

A fines del siglo XVIII, pensadores con nuevos horizontes insisten en la diferencia radical de los sexos, basados en los últimos descubrimientos biológicos. De la diferencia de grado se pasa a la diferencia de naturaleza. En 1803 Jacques-Louis Moreau rebate airado las teorías de Galien: los sexos no sólo son diferentes sino que lo son en todos los aspectos del cuerpo y del alma, y por lo tanto, física y moralmente¹⁸. Es el triunfo del dimorfismo radical. A diferencia del modelo precedente, esta vez es el cuerpo el que aparece como real y sus significaciones culturales como epifenómenos. La biología se convierte en el fundamento epistemológico de las prescripciones sociales. El útero y los ovarios, que definen a la mujer, consagran su función maternal y la convierten en una criatura totalmente opuesta a su compañero¹⁹. La heterogeneidad de los sexos impone destinos y derechos diferentes. Los hombres y las mujeres se mueven

16 Diderot, *Le rêve de d'Alembert*, 1769, en (*Euvres philosophiques*, ed. de P. Vernière, Garnier, 1967, pág. 328.

17 Herófilo llama a los ovarios dydumos, los gemelos, nombre atribuido igualmente a los testículos. Tampoco existe ningún nombre técnico en latín, griego o en las lenguas europeas antes de 1668, para designar la vagina.

18 En su *Histoire naturelle de la femme*, Jacques-Louis Moreau (1771-1826) describe la relación entre el hombre y la mujer como “una serie de oposiciones y de contrastes”, Th. Laqueur, *op. cit.*, pág. 5.

19 En 1889, el biólogo Patrick Geddes cree encontrar la prueba definitiva de ello por la observación al microscopio de células femeninas y masculinas. Las primeras son “más pasivas, conservadoras, apáticas y estables” mientras que las del hombre son “más activas, enérgicas, impacientes, apasionadas y variables”, *idem*, pág. 6.

en dos mundos distintos y ya no vuelven a encontrarse ... salvo para la reproducción. Gracias a su poder de procreación ella reina en su hogar, preside la educación de los hijos y encarna la ley moral que decide sobre las buenas costumbres. A él le queda el resto del mundo. Debe encargarse de la producción, de la creación y de lo político; la esfera pública es su elemento natural.

Muchos ven en esta dicotomía de los mundos masculino y femenino el cumplimiento de un ideal: los sexos se complementan y hacen posible la armonía entre el hombre y la mujer. Hoy se hablaría de “igualdad en la diferencia”. Los defensores de este modelo, ampliamente mayoritarios en el siglo XIX, sostenían que no se podía hablar de desigualdad entre los sexos puesto que eran incomparables. Y, al serlo, el hombre perdía su condición de referente. Pero este hermoso discurso ideológico, tan conveniente para los hombres, ya que mantiene a las mujeres fuera de su territorio, oculta una realidad menos democrática. Aunque pretende negarlo, el hombre sigue siendo el criterio a partir del cual se mide a la mujer. Él es el *uno*, legible, transparente, familiar. La mujer es la *otra*, extranjera e incomprensible²⁰. Mejor dicho, sea cual fuere el modelo elegido para hablar de los sexos –semejanza o diferencia–, el hombre siempre se presenta como el ejemplar más logrado de la humanidad, el absoluto a partir del cual se juzga a la mujer.

La novedad introducida por los *Men's Studies*, sucesores de los *Women's Studies*, reside precisamente en la voluntad explícita de acabar con ese esquema milenario. Según Harry Brod: “El pensamiento tradicional, al considerar al hombre como la norma humana, excluye sistemáticamente de sus consideraciones lo que se refiere al género masculino en particular”²¹. Michael Kimmel habla de la “invisibilidad” del género masculino, que tanto ha contribuido a su identificación con lo humano. “Solemos tratar a los hombres, dice, como si no tuvieran género, como si sólo fueran personajes públicos... como si la experiencia personal que se deriva de su género no tuviera importancia”²². Kimmel dice haber tomado conciencia de ello al presenciar la discusión entre dos mujeres, una blanca y una negra, sobre si la igualdad sexual estaba por encima de las diferencias raciales. La mujer blanca afirmaba

20 Annelise Maugue, *L'Identité masculine en crise au tournant du siècle*, Rivages-Histoire, 1987, pág. 7.

21 Harry Brod (ed), *The Making of Masculinities, the New Men's Studies*, Bostan, Unwin Hyman, 1987, pág. 2.

22 Michael S. Kimmel y Michael A. Messner (eds.), *Men's Lives*, Macmillan, Nueva York 1989, pág. 3.

que el hecho de ser ambas mujeres las volvía solidarias y que la diferencia de color pasaba a un segundo plano. Pero la otra no estaba de acuerdo.

“-¿Qué ve cuando se mira al espejo por la mañana?”

-Veo a una mujer –respondió la mujer blanca.

-Precisamente ese es el problema –replicó la negra.

Yo veo a una negra. Para mí la raza se manifiesta a diario porque es la causa de mi inferioridad social. Para usted, en cambio, es invisible. Esa es la razón por la cual nuestra alianza me parecerá siempre un poco artificial”²³.

En ese momento Kimmel se dio cuenta de que cuando se miraba al espejo por la mañana veía a “un ser humano: universalmente generalizable. A la persona genérica.” Lo que estaba oculto –a saber, que tenía un género y una raza– lo sorprendió de repente al hacerse *visible*. Y es que, como dice Kimmel, no vemos nuestros privilegios.

Hoy en día ya casi nadie ve al Hombre en el hombre. El macho es tan sólo una parte de la humanidad y la masculinidad un concepto relativo, puesto que sólo se define con respecto a la feminidad. Los anglo-americanos insisten en que no existe una virilidad²⁴ en sí: “Masculinidad y feminidad son construcciones relativas... Aunque el “macho” y la “hembra”²⁵ tengan características universales, la construcción social de la masculinidad o de la feminidad sólo tiene sentido con referencia al otro”²⁶. Lejos de poder ser considerada como un absoluto, la masculinidad, cualidad del hombre, es a la vez relativa y reactiva. En cuanto cambia la feminidad –lo que sucede cuando las mujeres deciden redefinir su identidad– se desestabiliza la masculinidad.

La historia de las sociedades patriarcales muestra que los grandes cuestionamientos han sido siempre suscitados por las mujeres. Lo cual es lógico, si se piensa que los hombres siempre han sido privilegiados en este tipo de sociedades. Pero las grandes crisis de la masculinidad no se han dado sólo por cuestiones de

23 *Ibidem*.

24 Si la palabra “virilidad” significa en primer lugar el conjunto de atributos y características físicas y sexuales del hombre, se la usa igualmente en el sentido más general de “propio del hombre” y sinónimo de masculinidad. La palabra inglesa, en cambio, se atiene al primer significado; las feministas americanas detectan un cierto sentido machista en el significante *virility* y se abstienen de utilizarlo.

25 Traducción del inglés “male” y “female” que remiten a las características físicas y biológicas del hombre y la mujer.

26 Michael S. Kimmel (ed.), *Changing Men. New Directions in Research on Men and Masculinity*, Sage Publications, 1987, pág. 12.

poder. La psicología, como se verá, ha desempeñado un papel importante. A diferencia de lo que cree la ideología patriarcal, los primeros referentes de la humanidad no son los hombres sino las mujeres. Ellos se definen con respecto y por oposición a ellas. Por lo menos así ha sido hasta ahora. Pero los hombres pueden estar tranquilos: otras crisis han precedido a la actual.

III. Las anteriores crisis de la masculinidad

Aquellas de las que aún tenemos noticia tienen rasgos comunes. Se originan en países de civilización refinada, en los que las mujeres gozan de una mayor libertad. Estas crisis que expresan una necesidad de cambio de los valores dominantes, por lo general, vienen después de transformaciones ideológicas, económicas o sociales y repercuten en la organización de la familia o del trabajo, cuando no de ambas. Pero lo que distingue a las dos crisis anteriores de la actual es el carácter socialmente limitado de aquéllas. En los siglos XVII y XVIII sólo afectaron a las clases dominantes, a la aristocracia y a la burguesía urbana²⁷. A fines del siglo XIX, el malestar masculino fue mucho más extendido y profundo, y tuvo sucesivas repercusiones en las dos grandes guerras mundiales.

3.1. La crisis de la masculinidad durante los siglos XVII y XVIII

Las Preciosas francesas fueron las primeras en cuestionar el papel de los hombres y la identidad masculina, y la reacción de la sociedad de su tiempo fue tan violenta como la angustia que provocaron con sus reivindicaciones “demenciales”. La *préciosité* francesa alcanzó su apogeo entre 1650 y 1660. Surgió como reacción a la brutalidad de los hombres de la corte de Enrique IV y de la Fronda (1648-1652), y fue la primera expresión del feminismo tanto en Francia como en Inglaterra. Coincidentalmente, ambos países eran considerados como los más liberales de Europa con respecto a las mujeres. Al contrario de lo que sucedía con sus hermanas mediterráneas, las francesas y las inglesas podían moverse libremente y tener comercio con el mundo. Si

²⁷ En esta época el mundo rural representa el 80% de la población francesa.

pertenecían a las clases dominantes, gozaban de una ventaja excepcional para la época: no tener que asumir los oficios maternos²⁸.

La Preciosa fue una mujer liberada que planteó soluciones feministas a su deseo de emancipación e invirtió los valores sociales tradicionales. Abogaba por un nuevo ideal de mujer que contemplara la posibilidad de ascenso social y su derecho a la dignidad. Reclamaba el derecho al saber y atacaba la obra maestra de la sociedad falocrática: el matrimonio. Asumió una actitud francamente hostil contra el matrimonio de conveniencia y la maternidad²⁹, símbolos del autoritarismo de padres y maridos. Defendió el matrimonio tentativo y su ruptura una vez hubiera nacido el heredero, que quedaba en manos del padre. Como no quería renunciar a su libertad pero tampoco al amor, abogaba por un sentimiento tierno y platónico. “Quisiera, decía Mademoiselle de Scudéry, un amante no marido, un amante que, contentándose con poseer mi corazón, me amara hasta la muerte.” O sea, una situación inversa a la acostumbrada en una época en que hombres y mujeres se casaban sin amor. Cuando las Preciosas hablaban de amor, se referían siempre al que siente el hombre por la mujer y no al contrario. Le exigían al enamorado una sumisión sin límites, próxima al masoquismo, y al hacerlo, invertían el modelo masculino dominante, el del hombre brutal y exigente, el del marido grosero que cree que todo le está permitido.

Sólo unos pocos hombres, los Preciosos, aceptaron las nuevas reglas. Su número fue despreciable, pero su influencia no tanto. Adoptaron una moda femenina y refinada –peluca larga, plumas extravagantes, golillas, lunares, perfumes, colorete– que fue imitada. Los hombres que se preciaban de distinguidos se esforzaban por parecer civilizados, corteses y delicados. Se abstentían de hacer demostraciones de celos y de actuar como tiranos domésticos. Los valores femeninos fueron imponiéndose poco a poco entre la gente “de bien” y al iniciarse el siguiente siglo parecían imperar. Hoy en día sabemos

28 Desde el momento en que pretende acceder a un cierto estatus social, la mujer francesa contrata a una nodriza para que se ocupe de su hijo y ella dispone de su tiempo a voluntad. Elizabeth Badinter, *L'Amour en plus: histoire de l'amour maternel du XVIIe au Xxe siècle*, Flammarion, 1980, cfr. la primera parte: El amor ausente. Trad. cast. *¿Existe el instinto maternal?* Barcelona, 1991.

29 G. Mongrédien, *Les Précieux et les précieuses*, Mercure de France, 1939, págs. 149-150, sobre la diatriba contra el matrimonio: marido, hijos y familia política, son relegados sin piedad a la categoría de desgracias de la mujer.

que los Preciosos no fueron un microcosmos ridículo. La resistencia y las burlas que provocaron son claros indicios de su influencia.

El debate sobre la identidad masculina fue, curiosamente, más explícito en Inglaterra que en Francia, como si los amigos del otro lado de la Mancha tuvieran mayores razones para preocuparse por su virilidad. La verdad es que las exigencias de las feministas inglesas eran diferentes a las de las francesas. No sólo querían libertad sino una total igualdad sexual o, dicho de otra manera, reclamaban el derecho al goce³⁰ y a no ser abandonadas cuando estuvieran encinta. El sociólogo M. Kimmel, gran conocedor de la historia de la masculinidad en Inglaterra, dice que en Gran Bretaña se vivió una verdadera crisis de masculinidad entre 1688 y 1714 (período de la Restauración inglesa). Durante este periodo son evidentes “los esfuerzos por renegociar los papeles del hombre y la mujer en el matrimonio, la familia y la sexualidad”³¹.

El significado de lo masculino fue objeto de debates. Las mujeres no se contentaban con exigir deseos y derechos iguales, sino que querían hombres más dulces, más femeninos. A lo que los panfletarios respondían que lo podían dar como un hecho, puesto que la inversión de los papeles ya había empezado a darse. La imagen del hombre “afeminado” que adopta actitudes semejantes a las de las mujeres, suscitó en Inglaterra un miedo a la homosexualidad que no se percibió en Francia entre los detractores de los preciosos. El “hombre nuevo” de la Restauración inglesa era considerado como un invertido, tan vano, mezquino y encantador como una mujer. Se compadecía a las mujeres por ser víctimas del abandono masculino³², que se le atribuía al crecimiento galopante de las ciudades. En esos centros de todos los vicios, las mujeres, menos vigiladas que en el campo, podían ser objeto de todo tipo de tentaciones. Los ingleses empezaron, entonces, a sentir como perniciosa la influencia de la moda francesa en sus costumbres, y sacaron todo tipo de

30 *Sylvia's Complaint*, 1688, citado por M. Kimmel, *The Contemporary "Crisis" of Masculinity* en Harry Brod, *op. cit.*, pág. 132.

31 *Ibidem*, pág. 133.

32 “Ladies this was ill luck, but you
have much the worser of the two;
The world is changed I know not how,
For men kiss men, not Wommen now;”
Ibidem, pág. 135.

panfletos que relacionaban afeminamiento masculino con traición y masculinidad tradicional con patriotismo³³.

El afeminamiento de las costumbres y de los hombres no suscita las mismas reacciones en Francia. El Siglo de las Luces marca un corte en la historia de la virilidad. Es el período más feminista de nuestra historia antes de la época contemporánea. Se desdibujan los valores viriles, o por lo menos ya no se hace ostentación de ellos. La guerra ya no tiene ni la importancia ni la categoría que tuvo en otra época, la caza se ha convertido en una distracción, y los jóvenes nobles pasan más tiempo en el salón o en la recámara de las mujeres que entrenando. En el mundo de la aristocracia y de la alta burguesía se imponen los valores femeninos. La delicadeza de palabras y actitudes le gana terreno a las formas que habían sido consideradas tradicionalmente como viriles. Puede decirse que en las clases dominantes desaparece el dualismo opositor que caracteriza al patriarcado, para cederle paso a una especie de unisexismo.

Este proceso concluye con la Revolución de 1789. Las mujeres exigen públicamente sus derechos ciudadanos pero la Convención se los niega unánimemente³⁴. Los diputados, que no alcanzaron a conocer las dulzuras del Antiguo Régimen, son firmes defensores de la desigualdad entre los sexos y de su diferenciación radical. Palabras como proximidad, similitud y confrontación les producen horror y suscitan entre ellos reacciones autoritarias y hasta amenazantes. Fuera del hogar, las mujeres son peligrosas para el orden público. Se les pide que no se mezclen con los hombres y se les prohíbe realizar cualquier trabajo diferente al doméstico o al maternal. El dualismo opositor, reforzado por el Código Napoleónico y ratificado por la ideología del siglo XIX, se mantendrá durante casi cien años, hasta el advenimiento de una nueva crisis de la masculinidad, aún más extensa y profunda que la anterior.

33 "So strangely does Parisian air

Change English youth, that half a year
 Makes them forget all native custome
 To bring French modes, and Gallie Lust home;
 Nothing will these Apostates please
 But Gallie health and French disease."
 Kimmel, *ibidem*, pág. 135.

34 Condorcet, *Prudhomme, Gyuomar... , paroles d'hommes* (1790-1793). Presentados por Elisabeth Baidinter, POL, 1989.

3.2. La crisis de la masculinidad entre los siglos XIX y XX

Esta crisis se sintió tanto en Europa como en los Estados Unidos de América. Con las nuevas condiciones impuestas por la industrialización y la democracia, muchos países enfrentaron conmociones económicas y sociales similares. La vida de los hombres cambió, las reivindicaciones feministas se hicieron sentir de nuevo, y con ellas reapareció la ansiedad masculina. Esa ansiedad tomó formas diferentes en Francia, Austria o los Estados Unidos, según la historia y cultura de cada país.

Annelise Maugue fue la primera en interesarse por la crisis de identidad que hace un siglo conmovió a los ciudadanos franceses³⁵. En el lapso de unas cuantas generaciones, 1871-1914, aparece un nuevo tipo de mujer que amenaza con destruir las fronteras sexuales, Gracias a la ideología republicana, la educación de las mujeres es ya un hecho. La universidad les ha abierto un espacio y ahora pueden ser profesoras, doctoras, abogadas o periodistas. Están, por lo tanto, en condiciones de reclamar la totalidad de sus derechos ciudadanos, quieren ganarse la vida por fuera del hogar, y proclaman: “A igual trabajo, igual salario.” La mayoría de los hombres reacciona en forma hostil ante este movimiento. Y no solamente los que pertenecen a la corriente católica tradicional, o al movimiento obrero que le temen la competencia de mano de obra femenina, sino también republicanos tan convencidos como Anatole France o Emile Zola: todos ellos “tienen la sensación de asistir, más que a una simple evolución, a una verdadera mutación.”³⁶ Desde lo más alto de la escala social hasta los más bajos peldaños, todos se sienten amenazados en su identidad por esa nueva criatura que pretende actuar como ellos y ser como ellos, al punto de preguntarse si no acaban siendo obligados “a encargarse de las labores femeninas, o lo que es aún peor, ¡a convertirse en mujeres!”

La angustia de los hombres ante la igualdad de los sexos no tiene equivalente en las mujeres. Ellos la sienten como “la trampa mortal”³⁷ que amenaza con destruir su especificidad y, como dice Annelise Maugue, tienen miedo. Barbey

35 Annalise Mauge, *L'identité masculine en crise au tournant du siècle*, Rivages-Histoire, 1987. Y “L'Eve nouvelle et le viel Adam, identités sexuelles en crise” en *Histoire des femmes*, bajo la dirección de Georges Duby y Michelle Perrot, el siglo XIX, tomo 4, Plon, 1991, págs. 527 a 543.

36 Annlise Maugue, “L'Eve nouvelle et le viel Adam”, op. cit., pág. 528.

37 A. Maugie, *L'identité masculine en crise au tourant du siècle*, op. cit., pág. 37.

D'Aurevilly se toma la vocería para profetizar sombríamente: “Llegará el día en que María de Agoult esté en la Academia de las Ciencias morales y políticas, George Sand en la Academia Francesa, Rosa Bonheur en la de Bellas Artes y a nosotros, los hombres, nos toque preparar las mermeladas y los encurtidos.”³⁸ Es la misma inquietud que expresa Albert Cim u Octave Mirbeau quienes no sólo creen que tendrán que hacer mermeladas, sino también que acabarán “amamantando a las criaturas.”³⁹ El hombre siente amenazados sus poderes, su identidad y su vida cotidiana. Y la verdad es que sus temores son infundados puesto que las mujeres de la época no rechazan ni la familia, ni la maternidad, ni la consagración que ésta conlleva. Pero “ni los actos ni los discursos (tranquilizadores) de las mujeres bastan para calmar la desazón masculina, y hasta 1914 se desarrolla entre los dos sexos el más increíble diálogo de sordos”⁴⁰.

Otras circunstancias contribuyen a agudizar la angustia de los hombres ante la nueva Eva. El trabajo en fábricas, haciendo tareas mecánicas y repetitivas, o en la monotonía de la administración, no les permite demostrar sus cualidades tradicionales. Ya no se necesita ni fuerza, ni iniciativa, ni imaginación para ganarse la vida. Barres puede entonces burlarse de esos funcionarios “semimachos” que sólo aspiran a la seguridad como las mujeres, y compararlos con aquellos que, en otro tiempo, vivían “con el fusil en la mano”, en “un cuerpo a cuerpo viril con la naturaleza”⁴¹. La crisis de la masculinidad llega así a su auge. Y desafortunadamente tendrá que ser la guerra la que venga a ponerle fin temporalmente a la angustia masculina. Al recuperar su función tradicional de guerreros, esos pobres jóvenes reclutas partirán al frente con una flor en el fusil, como si se alegraran de la oportunidad que finalmente se les brinda de ser hombres, hombres de verdad... Sin embargo, la crisis de identidad masculina fue menos absurda en Francia que en otros países. Los escritores franceses más misóginos no alcanzaron nunca los extremos de un Schopenhauer, de un Nietzsche o de un Weininger.

Jacques Le Rider explica que en la Viena de principios de siglo, la crisis de masculinidad se enmarca en un contexto de crisis generalizada⁴². A la de-

38 *Les Bas blues*, 1878, *ibidem*, pág. 52.

39 *Ibidem*, pág. 52. Varias escritoras antifeministas se unieron a la residencia masculina. Entre ellas, Ida Sée, *Le Devoir maternel* (1991) o Colette Yver, *Les Cervelines* (1908).

40 Annelise Mauge, “L’Eve nouvelle...”, *op. cit.*, pág. 534.

41 *Ibidem*, pág. 73

42 Esta explicación le debe mucho a los trabajos de Jacques Le Rider, uno de los mejores especialistas

integración del imperio de los Habsburgo, y al “retorno sobre sí mismos” de los intelectuales vieneses, se añade la explosión del sujeto⁴³. Ya no se habla de sujeto sino de “ello”, de “yo” y de “super-yo”. El austriaco vive en “una crisis permanente de identidad”⁴⁴ magníficamente ilustrada en *El hombre sin atributos*⁴⁵, que rechaza las identificaciones precipitadas y permanece a la expectativa. Situación extremadamente incómoda puesto que, en períodos de “deconstrucción”, las experiencias se ponen en duda, las referencias se disuelven y el hombre ya no sabe cómo definirse.

Al intelectual vienés no le preocupa tanto la disolución de la célula familiar tradicional entre los proletarios, como la emancipación (muy progresiva) de la mujer de la burguesía media. Independiente, activa y reivindicativa, ella está lejos de ser la mujer- dulce y pasiva con la que han soñado. Robert Musil se pregunta con cierta ironía, “¿Qué quiere decir ‘nostalgia del seno materno’ en una civilización en la que la mujer se ha masculinizado a tal punto que la feminidad ya no puede considerarse como un refugio para el hombre?”⁴⁶ La mujer feminista es como “un hombre en un cuerpo femenino, es una virago”⁴⁷. Y una monstruosidad engendra otra: el hombre afeminado, el decadente por excelencia. Otto Weininger, misógino obsesivo, registra tristemente el hecho: “Hay épocas... en que nacen más mujeres masculinas y más hombres femeninos. Es precisamente lo que sucede hoy en día... La proliferación desde hace algunos años, del ‘dandismo’ y la homosexualidad, sólo puede explicarse por un afeminamiento generalizado.”⁴⁸ Karl Kraus, por su parte, denuncia el culto moderno a lo andrógino,

franceses en el tema de la modernidad vienesa. Especialmente: *Modernité viennoise et crises de l'identité*, PUF/Perspectives critiques, 1990; *Le cas Otto Wininger, racines de l'antiféminisme*, PUF/Perspectives critiques, 1982; “Ludwig Wittgenstein et Otto Weininger” en *Wittgenstein et la critique du monde moderne*, La Lettre volée, Bruselas, 1990, págs. 43 a 65; “Otto Wininger: Féminisme et virilité à Vienne” en *L'Infini*, N° 4, otoño de 1983, págs. 4 a 20; “Misères Je la virilité a la belle époque” en *Le Genre humain*, N° 10, 1984, págs. 117 a 137.

43 Bruno Bettelheim, *Le Poids d'une vie*, colección “Reposes”. Robert Laffont, 1991, pág. 15 a 40.

44 J. Le Rider, *Modernité viennoise*, pág. 55.

45 Título de la novela de Robert Musil (1880-1942), publicada entre 1930 y 1933. Trad. cast. *El hombre sin atributos*, Barcelona, 1980.

46 R. Musil, “Edipe menacé”, en *Euveres pré-posthumes*, Seuil, 1931.

47 Jaques Le Rider, *Le Cas Otto Weininger*, pág. 67.

48 Otto Weininger, *Sexe et caractère*, L'Age d'Homme, 1989, pág. 73. Trad. cast. *Sexo y carácter*, Barcelona, 1985.

es decir, a lo flojo, a lo confuso, a las “formas intermedias”⁴⁹. El concepto de bisexualidad, introducido por Freud y retomado por Weininger, obliga a unos y a otros a asumir su parte irreductible de feminidad, lo que perturba a gran parte de la *intelligentia* masculina, que toma así conciencia del hecho de que la virilidad es algo que no se puede adquirir nunca definitivamente.

Si uno de los temas dominantes de la literatura alemana es el terror frente a la mujer, con Weininger la misoginia llega al paroxismo. Y él sabe perfectamente que ese elemento femenino que constituye una continua amenaza para el ideal viril está alojado en su interior. Pero él no es el único que expresa a gritos su aversión hacia la mujer y su malestar de identidad. El final del siglo XIX, explica J. Le Rider, se caracteriza por un recrudecimiento de la actitud difamatoria hacia el sexo femenino⁵⁰. Ya no sólo los filósofos⁵¹, sino psicólogos, biólogos, historiadores y antropólogos, dan muestras de un violento antifeminismo. Uno tras otro se dedican a demostrar, con éxito, la inferioridad ontológica de la mujer⁵². La mujer, al igual que el negro y el animal⁵³, se mueve por instintos primitivos: celos, vanidad, crueldad. Pero como tiene un alma infantil, y la naturaleza la ha dotado del instinto materno (que comparte con las demás hembras mamíferas), su única vocación verdadera es la maternidad. Por consiguiente, todas las mujeres que pretenden ser emancipadas son malas madres: seres nerviosos de cuerpo degenerado...

49 J. Le Rider, *L'Infini*, *op. cit.* Pág. 14. Por “formas intermedias” se entendía la homosexualidad, es decir, el vicio, la decadencia o la enfermedad vergonzante.

50 Cfr. *Le Cas Otto Weininger*, *op. cit.*, págs. 71 a 76.

51 Arthur Schopenhauer, *El amor, las mujeres, la muerte*, Barcelona, 1978. Friedrich Nietzsche, en especial *Más allá del bien y del mal*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

52 El tratado *Sur Pimbécilerté physiologique de la femme* del médico Paul Julius Moebius fue un verdadero *best seller*. Publicado en 1900, se reeditó nueve veces entre 1900 y 1908 y tuvo el mismo éxito de *Sexo y carácter* (1903). Trata, como lo indica el título, de su “imbecilidad” y por lo tanto de su relativa irresponsabilidad legal, “Podemos definirla ubicándola a medio camino entre la tontería y el comportamiento normal. Conviene abandonar la idea abstracta de “género humano” para hablar de géneros humanos. Comparando con el del hombre, el comportamiento de la mujer parece patológico, como el de los negros si se lo compara con el de los europeos”, escribe Moebius, Citado por J. Le Rider en *Le Cas Otto Weininger*, *op. cit.*, pág.75.

53 En Francia, Dumas hijo comparaba a las mujeres con “Pielas Rojas de tez rosada, o con “negras de manos blancas y regordetas”. Aunque E. Vogt o Baudelaire la comparan con el judío, con quien compara la adaptabilidad, la indiscreción y la hipocresía, es menos frecuente encontrar esa analogía bajo la pluma de un francés que bajo la de un austriaco o de un alemán.

Los remedios propuestos van de un extremo al otro. La mayoría de los hombres se declaran, como Nietzsche y Weininger, partidarios del retomo a una sana polaridad de las funciones sexuales. Para que los hombres recuperen su virilidad, hay que hacer que las mujeres vuelvan a su lugar natural. Sólo el restablecimiento de las fronteras sexuales liberará al hombre de su angustia de identidad. La represión masiva de la bisexualidad original hará el resto. Ese es el sentido de la célebre fórmula de Alfred Adler: *la protesta viril*. En el extremo opuesto están las voces marginales⁵⁴ que invitan a los hombres a deshacerse de una virilidad artificial y opresiva, y a recuperar cuanto antes La femineidad original. Pero no tienen mayor resonancia. Tampoco las mujeres que se expresan públicamente sobre el tema logran atenuar la ansiedad masculina. Ya puede jugar Lou Andreas-Salomé al “desarme unilateral” y a “llevar puesta la encantadora máscara del Eterno Femenino, para calmar las perpetuas dudas de los hombres sobre su masculinidad⁵⁵, sin obtener ningún éxito. Lo mismo sucede con el discurso clarividente de la feminista vienesa Rosa Mayreder que habla de la síntesis de lo masculino y lo femenino en aquellos individuos que se hayan liberado de sus características sexuales⁵⁶. Semejante defensa de la androginia no podía sino aumentar el terror masculino.

La angustia de identidad de los hombres austro-alemanes estuvo ligada al ascenso del nazismo, y en general, del fascismo europeo. La llegada de Hitler al poder fue recibida inconscientemente como una promesa de restauración viril. Klaus Theweleit⁵⁷ ha demostrado que la hipervirilidad de los héroes del nazismo ocultaba un yo frágil y problemas sexuales de consideración. Ese no fue exactamente el caso de los franceses, aunque Francia no se salvo del virus del fascismo, su historia difiere de la de Italia o Alemania, y los franceses tienen “la obsesión del rechazo y la secesión”⁵⁸. A diferencia de los anglosajones, que optaron por la separación de los sexos y por un ideal masculino hiperviril, estos prefirieron la vía de la, negociación y un comportamiento aparentemente menos machista.

54 Véase en particular Georg Groddeck y Otto Gross.

55 J. Le Rider. “Misères de la virilité”, en *Le Genre humain, op. cit.*, pág. 119.

56 Sobre Rosa Mayreder, cfr. J. Le Rider, *Modernité viennoise, op. cit.*, págs. 186-189; Le cas Otto Weininger, *op. cit.*, págs. 165-166; *Le Genre humain, op. cit.*, págs. 128- 129.

57 Klaus Theweleit, *Male Fantasies*, traducción al inglés de Stephen Carway, University of Minnesota Press, 1987, vol. I: Women, Floods, Bodies, History.

58 Annelise Mauge, *L'Identité masculine, op.cit.*, pág. 159.

En los Estados Unidos la crisis se sintió con fuerza. Algunos historiadores norteamericanos sitúan su aparición hacia 1880⁵⁹ y otros hacia 1890⁶⁰. Pero todo se refiere al miedo generalizado a la “europeización” de America, sinónimo de afeminamiento de la cultura y del hombre americano. Los norteamericanos se sentían orgullosos de no haber llegado al grado de pusilanimidad de la civilización europea⁶¹. Hasta principios del siglo XIX, habían tenido múltiples oportunidades de manifestar su virilidad: la expansión geográfica —la conquista del Oeste, la “pacificación” de las poblaciones locales y el desarrollo urbano— sumada a un rápido crecimiento económico y al desarrollo de la infraestructura industrial, alimentaban un optimismo viril estrechamente ligado a la promoción social⁶². Antes de la guerra de Secesión (1861-1865), el 88% de los hombres eran granjeros, artesanos o comerciantes independientes. Pero en 1910, menos de un tercio de los norteamericanos conserva ya esa forma de vida⁶³. La industrialización y sus obligaciones —tareas mecánicas, rutinarias y parceladas— se impone rápidamente y los trabajadores son despojados de todo control sobre la organización y los resultados de su trabajo.

Como en Europa, esta transformación económica viene acompañada de una alteración de la vida familiar y de los valores. Los hombres obligados a trabajar lejos del hogar, se ven forzados a abandonar la educación de sus hijos a la entera responsabilidad de sus mujeres. La paternidad se convierte en una “institución de domingo”⁶⁴, y la virilidad empieza a identificarse con el éxito simbolizado en el dinero. La crisis de la masculinidad estalla cuando, como en Europa, las mujeres pretenden realizar labores diferentes a las de madre y ama de casa. Con mayor ímpetu aun que las europeas⁶⁵, se declaran hastiadas

59 Michael S. Kimmel, “The Contemporary Crisis of Masculinity in Historical Perspective” en Brod, *op. cit.*, págs. 143 a 153

60 Peter G. Filene, *Him/Her/Self. Sex roles in Modern America*, 1974 2da. edición 1986, The Johns Hopkins University Press, Baltimore/London; Joe L. Dubbert, “Progressivism and the Masculinity Crisis”, en *The American Man*, ed. E. y J. Pleck, Prentice-Hall Inc, New Jersey, 1980, págs. 303 319.

61 Joe L. Dubbert, “Progressivism and the Masculinity Crisis”, *op. cit.*, pág. 308.

62 Michael S. Kimmel, “The Contemporary Crisis of Masculinity ...” en Brod, *op. cit.*, pág. 138

63 *Ibidem*, pág. 138.

64 Peter G. Filene, *op. cit.*, págs. 78-79.

65 A diferencia de Europa, los Estados Unidos había vivido ya una crisis de la vida doméstica. Desde 1890, libros y periódicos femeninos se quejan amargamente de la falta de criadas o de cualquier otro tipo de ayuda doméstica, lo que obligaba a las amas de casa a realizar todas esas tareas rutinarias.

de esas labores y se rebelan contra las convenciones. Frustradas y deprimidas, deciden tomar la ofensiva creando clubes femeninos, enviando a sus hijas a los colegios⁶⁶, y trabajando por fuera del hogar. Con una actitud independiente, defienden su derecho a permanecer solteras o a casarse según se lo dicte su corazón y su voluntad. En caso de casarse, tendrán menos hijos y no sacrificarán su libertad para someterse al marido. Reclaman igualmente el derecho al divorcio, una mayor participación en la vida pública, y por supuesto, el derecho al voto. Y también aquí, como en Europa, la actitud de los hombres frente a ese ideal femenino es abiertamente hostil. Arremeten contra el egoísmo de la Nueva Eva que degrada su sexo, abandona su hogar y pone en peligro a la familia. Tratan a las mujeres de “tercer sexo” o de “lesbianas hombrunas”⁶⁷. El aumento en el número de divorcios –7.000 en 1860, 56.000 en 1900 y 100.000 en 1914– y el descenso en la tasa de natalidad⁶⁸ suscitan miles de artículos sobre la disolución de la familia. En 1903, Teodoro Roosevelt declara que la raza americana se está suicidando. Incluso los demócratas defensores del sufragio femenino llegan a considerar que las feministas están yendo demasiado lejos. A medida que las mujeres manifiestan con mayor decisión sus reivindicaciones, más evidente se hace la vulnerabilidad de los hombres: con un rol masculino incierto y pánico al afeminamiento⁶⁹, el norteamericano medio de 1900 ya no sabe bien cómo ser un hombre digno de ese nombre.

Más que las mujeres, a los norteamericanos les preocupa el afeminamiento de la cultura⁷⁰. Por ello alertan a los padres contra el peligro de educar

En Europa, por esa misma época, hasta los hogares más modestos cuentan con la ayuda de una empleada, como testimonian por ejemplo, *Les Rougon-Macquart* (1871 -1893) de Emile Zola.

66 En los Estados Unidos, ir al colegio significaba abandonar el techo paterno y entrar al mundo mixto en los estudios, los deportes y la vida social. En 1890 se calculaba que había 3000 niñas egresadas de los colegios para un total de 13000 muchachos. A principios del siglo XX, representaban el 40% del grupo de los egresados y no estaban dispuestas a volver al hogar para hacer los mismos oficios que sus madres. P. Filene calcula que entre 1880 y 1890 se dobló el número de mujeres trabajadoras. Entre 1900 y 1910, esta cifra aumenta aún en un 50%. Filene, *op. cit.*, pág. 26 y Michael S. Kimmel, *op. cit.*, pág. 144.

67 M. Kimmel, *op. cit.*, pág. 144.

68 De 13000 niños de menos de cinco años por cada 1000 madres en 1800, se pasó a 700 niños en 1900, *idem*, págs. 40 y 41.

69 El libro de Henry James *Las bostonianas* (1886) ilustra ese miedo al afeminamiento

70 M. Kimmel, *op. cit.*, pág. 146.

a los jóvenes entre algodones y atacan a las madres que socavan la virilidad de sus hijos, es decir, su vitalidad. Se vuelven decididos defensores de la división de los sexos y las ocupaciones. Deportes como el fútbol y el béisbol se popularizan; probablemente porque, como anotaba un periodista en 1909: “El campo de fútbol (deporte particularmente violento) es el único lugar en el que no hay duda sobre la supremacía masculina.”⁷¹ Con similar espíritu se adopta la institución de *boy-scouts* que se propone “salvar a los jóvenes de la podredumbre de la civilización urbana”⁷², y convertir a los niños en hombres viriles. Teodoro Roosevelt, presidente de los Estados Unidos’ entre 1901 y 1908, es considerado como un héroe porque encarna los valores viriles tradicionales. Desde su posición, invita a los norteamericanos a recuperar el gusto por el esfuerzo y el coraje, defiende la antigua distinción de los roles sexuales e insiste en la sagrada misión maternal de las norteamericanas y, al hacerlo, pone un bálsamo sobre las heridas masculinas. Pero aún no está resuelta la crisis psíquica de los hombres; en vísperas de la Primera Guerra Mundial, todavía no han entendido en qué consiste la virilidad moderna. Como una especie de sublimaciones fantásticas, empiezan a aparecer nuevos héroes en la literatura. Resurge el Oeste salvaje y, con él, la figura emblemática del *cow-boy*, el hombre viril por excelencia: “Violento pero-honorable, ese incansable luchador provisto de un revólver fálico, defiende a las mujeres sin dejarse domesticar por ellas”⁷³. La clase media se abalanza literalmente sobre estos nuevos libros. De la serie de *Tarzán*, publicada en 1912 por Edgar Rice Burroughs, ¡se venden más de 36 millones de ejemplares! Pero a pesar de todo, muchos no logran calmar su ansiedad, y una vez más es la entrada de los Estados Unidos a la guerra, en 1917, la que les ofrece una salida, una especie de “prueba de virilidad”. Convencidos de que pelean por una causa justa, los hombres logran por fin desatar su violencia contenida y probarse de una vez por todas que son verdaderos machos⁷⁴.

71 *The Independent*, citado por Joe. L. Dubbert, *op. cit.*, pág. 308.

72 Filene, Peter G., *op. cit.*, pág. 95. La institución de los *boy scouts* fue creada en Inglaterra por el general Roben Baden Badel-Powel en 1908.

73 *Ibidem*, pág. 94. La primera novela de este tipo fue *The Virginian* (1902) de Owen Wister. Tuvo un éxito considerable. En menos de un año se publicaron 15 novelas del mismo género.

74 Basta leer la correspondencia del escritor John Dos Passos para convencerse de ello. Enviado a Francia durante la guerra, sus cartas vibran con una apasionada violencia. Le confiesa a su amigo Arthur McComb que nunca había sido tan feliz como en pleno combate: “Constantemente siento que me

Gracias a la guerra se resolvió momentáneamente la crisis de principios de siglo. ¡A grandes males, grandes remedios! Pero ésta no hizo más que ocultar los problemas esenciales, que en realidad no habían sido resueltos, y que hoy reaparecen en toda su magnitud. Después del cataclismo de la Segunda Guerra Mundial, cuando la hipervirilidad mostró todo lo patológica que puede llegar a ser, la guerra ya no parece ser la solución contra la inseguridad masculina. Y nos vemos de nuevo enfrentados al problema del hombre, sin escapatoria a la vista. En el seno de las ciencias “del hombre” se está dando una verdadera polémica, promovida por las diferentes corrientes feministas. Lo que está en juego es crucial para todos, puesto que el punto de vista que se imponga tendrá repercusiones en la pedagogía, en la relación entre los sexos y desde luego, en la política.

IV. La polémica actual

4.1. ¿Está el hombre sobredeterminado o indeterminado?

¿Es la masculinidad un hecho biológico o una construcción ideológica? Este es un problema que opone a los partidarios del determinismo biológico con los culturalistas, llamados también “constructivistas” en los Estados Unidos. Pero al contrario de lo que pueda parecer, no se trata únicamente del viejo debate entre antiguos y modernos, tradicionalistas y liberales, sino que es una polémica que enfrenta de manera violenta a dos corrientes feministas contemporáneas que pretenden, tanto la una como la otra, fundamentar la igualdad de los sexos: una sobre el dualismo absoluto de los géneros y la otra sobre la igualdad de los sexos y la infinidad de los géneros humanos.

4.2. Los diferencialistas o el eterno masculino

Este término comprende a todos aquellos que piensan que la *última ratio* del destino de los sexos y de sus mutuas relaciones está en su irreductible diferencia. La biología sería entonces, en última instancia, la encargada de definir

hace falta la ebriedad excitante del gran bombardeo... llegado el momento me siento más vivo que: nunca.” Dicho de otra manera: me: siento como un verdadero hombre, Peter G. Filene, *op. cit.*, pág. 101.

la esencia masculina y femenina. Este punto de vista encontró un nuevo estímulo en la sociobiología, fundada en 1975 por E. O. Wilson⁷⁵. Especializado en el estudio del comportamiento de los insectos, Wilson, y con él sus discípulos, están convencidos de que todos los comportamientos humanos se explican en términos de herencia genética y de funcionamiento de las neuronas. Herederos de las tesis de Darwin, creen que la conducta humana resulta de la evolución y de la necesidad de adaptarse.

Las teorías socio biológicas, mucho más populares en los países angloparlantes que en Francia⁷⁶, parten de la idea de que el sexo es “una fuerza antisocial”. Los sexos no están hechos para entenderse sino para reproducirse. Y la explicación última de su naturaleza reside en esa estrategia opuesta frente a la reproducción. Jeffrey Weels dice con algo de humor: “Todas las diferencias empiezan y terminan con los ovarios y los testículos”⁷⁷. Del número de ovarios y espermatozoides se extrapola los caracteres presuntamente innatos de hombres y mujeres. A ellas se las declara “tímidas, difíciles, puntillosas” por naturaleza. Y ellos son “inconstantes, dispuestos a acostarse con cualquiera”⁷⁸. Otro postulado que se deduce del número de huevos disponibles en machos y hembras: ¡la competencia inevitable de los machos por la posesión del potencial reproductivo limitado de las hembras! Como es natural, en esa competencia sólo los más fuertes y agresivos logran imponerse. Existe pues una agresividad masculina hereditaria que sirve para sentar las bases biológicas de la dominación de los machos sobre las hembras, de la jerarquía y competitividad entre los hombres y de la guerra⁷⁹. David Barash intentó incluso probar que la violación era un impulso natural en el hombre⁸⁰. Con ejemplos provenientes del reino animal (abejas, lombrices, patos

75 E. O. Wilson, *Sociobiología*, Barcelona 1980. Y *Sobre la naturaleza humana*, Madrid, 1983. Define la sociobiología como “el estudio sistemático de los fundamentos biológicos de todas las conductas sociales”.

76 Aparte de Desmond Morris que tuvo gran éxito con su *Mono demudo*, Lionel Tiger (*Men in groups*) 1964 y E. O. Wilson no lograron seducir a los teóricos de la nueva derecha.

77 Jeffrey Weeks, *Sexuality and its Discontents*, Routledge & Kegan, 1985, reed. 1989, pág. 114.

78 Ruth Bleier, *Science and Gender. A Critique of Biology and its Theory on Women*, Pergamon Press, pág. 19.

79 *Ibidem*, pág. 20.

80 D. Barash, *The Whisperings Within*, Haper & Row, 1979, págs. 30-31. Los libros de D. Barash son muy populares en los Estados Unidos, y también muy criticados.

...) y vegetal (¡¡¡alude a la violación de las flores hembras por las flores machos!!!), proclama la inocencia del violador, y llega incluso a elogiarlo. Plantea que los violadores no son más que instrumentos involuntarios de una pulsión genética ciega. La violación es un deseo inconsciente de reproducción y por lo tanto, biológicamente hablando, sería a la vez provechosa e inevitable.

Estas teorías causarían risa si no tuvieran todavía adeptos en los países anglo-americanos. Pero dejemos que los sociobiólogos se sigan buscando entre los insectos o en la edad de las cavernas, y veamos qué dicen las feministas diferencialistas, quienes también recurren al determinismo biológico para definir a la mujer y al hombre. Aunque sus objetivos son radicalmente opuestos, ambas corrientes de pensamiento comparten la creencia en una esencia sexual inmutable. Si los primeros fundan en ella la eterna superioridad masculina, las segundas sostienen, por el contrario, que a través de esta diferencia radical se llega a la igualdad de los sexos.

El diferencialismo feminista nació a fines de los años setenta como consecuencia de la decepción causada por el feminismo universalista, corriente que dominó ampliamente con Simone de Beauvoir, quien preconizaba una política de unisexualismo basada en la filosofía de la semejanza. A ese movimiento se le reprochó no haber resuelto los problemas esenciales. Muchas mujeres, al darse cuenta de que era poco lo que habían ganado con ese régimen, entre otras cosas la doble jornada laboral, los trabajos menos remunerados y una presión sexual masculina sin precedentes, llegaron a la conclusión de que habían errado el camino. Si la igualdad no es más que un engaño, pensaban, es precisamente porque ni se reconocen ni se tienen en cuenta las diferencias. Para ser iguales a los hombres, las mujeres han tenido que renegar de su esencia femenina y convertirse en pálidas copias de sus maestros. Al perder su identidad sufren la peor de las alienaciones y le dan, sin saberlo, la victoria final al imperialismo masculino⁸¹.

Las diferencialistas, llamadas también feministas maximalistas⁸² o nacionalistas⁸³, buscan nuevamente la esencia femenina en las diferencias corporales –y

81 En los Estados Unidos, las primeras en adoptar esta posición fueron las separatistas lesbianas. A éstas las siguieron otras que se consideraban radicales. Luce Irigaray encarna esta corriente en Francia.

82 Expresión creada en 1980 por Catherine Stimpson para designar a las feministas que acentúan, las diferencias sexuales, en una actitud contraria a la de las minimalistas.

83 Cfr. Ti-Grace Atkinson, "Le Nationalisme féminin" en *Nouvelles questions féministes*, N° 13, 1984, págs. 5 a 35.

más recientemente en el inconsciente específicamente femenino. La vulva es ahora la metonimia de la mujer⁸⁴, como antes lo fue el ovario para los médicos y filósofos del siglo XIX. De la manera más natural, se le restituye a la maternidad su lugar de honor. Aunque Luce Irigaray proclama el derecho a la virginidad⁸⁵. Se asiste a un retorno de lo sublime materno. En él radica el verdadero destino de las mujeres, la condición de su poder y su felicidad, la promesa de regeneración del mundo, tan maltratado por los hombres. Las feministas diferencialistas preconizan la separación de los sexos e invitan a las mujeres a privilegiar las relaciones entre ellas. Tanto Adriana Rich, en 1976⁸⁶ como Luce Irigaray, ven en la relación madre/hija la quintaesencia de la pareja humana, la base de la fuerza y la amistad entre las mujeres, y una primera respuesta al patriarcado que domina al mundo⁸⁷. Llevando su lógica al extremo, A. Rich no niega la heterosexualidad, pero invita a las mujeres a reconocer su homosexualidad latente⁸⁸.

A. Rich fue muy leída pero poco seguida. La ideología maternalista y ginecéntrica alcanzó en cambio cierto éxito, pues no sólo justificaba la superioridad moral de las mujeres sobre los hombres, sino que fundamentaba muchas de sus prerrogativas. Si la mujer es “maternal” por naturaleza, es decir, que es dulce, pacífica y cálida, no hay duda de que ella es la llamada a construir el porvenir radiante de la humanidad. La maternidad –que hasta el momento había sido considerada como una relación privada– debe adoptarse como modelo de la esfera pública⁸⁹. Gracias a ella se logrará una con-

84 Maryse Guerlais, “Vers une nouvelle idéologie du droit statutaire: le temps de la différence de Luce Irigaray” en *Nouvelles questions féministes*, Nos 16-17-18, 1991, pág. 71.

85 *Le Temps de la différence*, Le Livre de Poche, 1989, pág. 7 I.

86 A. Rich, *Nacida mujer*, Barcelona, 1978.

87 De la misma manera, L. Irigaray llama a las niñas a permanecer en el regazo de su madre y a reencontrarse con “las grandes parejas madre-hija de la mitología: Deméter-Koré, Clitemnestra-Ifigenia, Yocasta-Antígona”. Yendo aún más lejos, reclama la creación de un lenguaje y de un código civil exclusivamente femeninus. La estrategia de la no mixticidad de los sexos, llevada a sus últimas consecuencias, desemboca en la creación de un mundo de mujeres. Según ella, esta es la única manera de contrarrestar “la cultura patriarcal fundada sobre el sacrificio, el crimen y la guerra”. Cfr. *Le Temps de la différence*, *op. cit.*, págs. 23 y 27.

88 A. Rich, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, en *Signs*, 5, 1980, págs. 631-660. Este artículo causó conmoción en los Estados Unidos.

89 Basándose en los trabajos de Nancy Chodorow o de Carol Gilligan, que tienden a demostrar la superioridad “social” y moral de las mujeres, las feministas “maternalistas” declaran que la experiencia maternal les confiere a las mujeres una capacidad moral capaz de contrarrestar al mundo individual.

cepción totalmente novedosa del poder y la ciudadanía. “El ciudadano será un ser humano amoroso... consagrado a la protección de la vida humana, tan vulnerable”⁹⁰. En otras palabras, sólo las madres podrán salvar el mundo.

Este tema fue retomado y desarrollado por las “ecofeministas”⁹¹. De acuerdo con sus teorías, la mujer encarna la naturaleza y la vida, mientras que al hombre le corresponde la cultura y la muerte. Esa dicotomía tuvo cierto éxito en Francia⁹², aun antes de que se hablara de fecundación *in vitro*. Luego fue reactivada por el miedo de las mujeres a verse privadas de la función procreadora. Se habló del poder del cuerpo médico masculino sobre el vientre de las mujeres y del espectro del útero artificial, última argucia del tirano macho para eliminar a su enemigo. En su afán por someterse a las leyes de la naturaleza, muchas de estas feministas, antiguas defensoras de la contracepción y el aborto, dudan hoy de su legitimidad. Se oponen a todo lo que amenace la vida y se preocupan por el medio ambiente y por el conjunto de la cadena de los seres. Contrarias a la teoría del animal-máquina del siglo XVII, consideran al ser humano como un animal más. El animal sufre para ellas al mismo nivel que la mujer⁹³ en su lucha contra el hombre. Una de ellas sostiene que “la simpatía que muchas mujeres sienten por los animales se debe al hecho de que tanto las unas como los otros son víctimas de los hombres”⁹⁴. En consecuencia, en la lucha contra el patriarcado

lista de macho liberal. Véase Nancy Chodorow, *The Reproduction of Mothering*, University of California Press, 1978. En este libro la autora tiende a demostrar que la aptitud de las mujeres para comunicarse y establecer relaciones con los demás es una cualidad humana más positiva que la necesidad masculina de establecer distancias. Véase también Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Har.

90 Mary C. Diez, “Feminism and Theories of Citizenship” en *Gender, Politics and Power*, Y. Onway, S. Bourque y J. W. Scott eds., University of Michigan Press, 1987, pág. 11.

91 Linda Birke, *op. cit.*, págs. 116 a 125.

92 Cfr. la revista *Sorcières*, especialmente el N° 20, 1980, “La naturaleza asesinada”, en donde se reivindica a la mujer/naturaleza. Se critica la noción de bisexualidad por considerar que se deshace de lo femenino, pág. 15. Véase también la revista *Le Sauvage*, que se mueve en la misma dirección, como muchos otros trabajos que celebran el cuerpo, la menstruación y el útero de la mujer. Se llegó incluso a revalorar el trabajo doméstico, por considerarlo más pacífico y cercano a la naturaleza que el trabajo de los hombres. Cfr. Annie Leclerc, *Paroles de femmes*, Grasset, 1976, pág. 114.

93 Cfr. A. Brown, *Who Cares for Animals?*, Heinemann, Londres, 1974, págs. 1-35.

94 Carol Adams, “The CEdipus Complex: Feminism and Vegetarianism” en *The Lesbian Reader*, G. Covina y L. Galana (eds.), Amazon Press, Oakland California, 1975, págs. 149- 150. vard University Press, 1982.

(explotador de la naturaleza), “debe tenerse en cuenta el sufrimiento de los no humanos”⁹⁵ y de todas las minorías oprimidas. La cadena de los seres se rompe así a la altura del hombre, animal tan pervertido que ya no pertenece al mundo natural. La diferencia entre la mujer y el animal es de grado, mientras que con el hombre es de naturaleza. Se repite aquí el discurso de las sociobiólogas, que pueden comparar a una mujer con una abeja, pero no a un hombre con una mujer.

La sociobiología y el feminismo diferencialista, basándose ambos en el principio del determinismo biológico, llegan a una conclusión similar: siempre hay uno que resulta valorado a expensas del otro, razón por la cual hombres y mujeres sólo deben juntarse en el momento de la inseminación. El esencialismo conduce necesariamente a la separación y a algo peor: a la opresión. Su perspectiva de la naturaleza y del potencial humano es necesariamente limitada. Todo está establecido de antemano sin que haya lugar a cambios o a creación. Prisioneros de un esquema predeterminado, o mejor aún, sobredeterminado, hombre y mujer se encuentran condenados a desempeñar a perpetuidad los mismos papeles. A reiniciar eternamente la misma guerra.

4.3. Los consuctivistas o la masculinidad resquebrajada

Los especialistas de los *Men's studies* coinciden en rechazar la idea de una masculinidad única. Con una formación humanística, niegan el papel fundamental de la biología y se inclinan por la idea de una plasticidad humana. Se basan en los diversos trabajos de antropología social y cultural, y en las últimas investigaciones históricas y sociológicas sobre la masculinidad (y la feminidad), para concluir que no existe un modelo masculino universal, válido para todos los tiempos y todas latitudes. La masculinidad, más que una esencia es una ideología que tiende a justificar la dominación masculina. A lo largo del tiempo ésta ha ido cambiando de forma (¿qué hay de común entre el guerrero de la Edad Media y el padre de familia de los años sesenta?) y lo único que ha subsistido es el poder del hombre sobre la mujer. Pero ahora que ese poder se está desintegrando, ¿qué queda de la masculinidad?

95 Norma Benney, “All of One Flesh: The Rights of Animals” en Caldecott & Leland, citado por Linda Birke, *op. cit.*, pág. 121.

Hace ya casi medio siglo que la antropóloga norteamericana Margaret Mead planteó la idea de que la masculinidad no es una sola, sino que existen múltiples masculinidades. En sus estudios sobre siete poblaciones de los mares del sur⁹⁶, descubre lo variables que llegan a ser las funciones y los estereotipos masculinos y femeninos, así como también las relaciones entre hombres y mujeres. ¿Qué puede haber de común entre el arapesh, un hombre aficionado al arte que se deja maltratar sin defenderse, y el guerrero mundugumor, un ser colérico y agresivo, que ríe y habla mientras se come al enemigo⁹⁷? ¿Cómo comparar la audacia sexual de los muchachos iatmul con la timidez de los tchambuli?

Trabajos más recientes muestran que a pesar de que en el mundo tiende a imponerse la cultura occidental, aún persisten diversas formas de asumir la masculinidad. David Gilmore⁹⁸ recoge una gran variedad de modelos que van desde el sur mediterráneo hasta las tribus samburu del este del África, pasando por Nueva Guinea, los tahitianos y los judíos americanos, entre otros. Por un lado; encuentra hombres duros, angustiados⁹⁹ por su virilidad, que hacen valer la más mínima diferencia con las mujeres. Por otro, hombres tiernos y dulces que podrían calificarse de femeninos según los criterios tradicionales y que viven apaciblemente la comunión de los sexos¹⁰⁰.

¿En que se para el mito de la agresividad natural de los hombres luego de conocer la pequeña sociedad semai de Malasia central¹⁰¹, una de las poblaciones

96 M. Mead, *L'Un et l'autre sexe*, publicado en 1948. Las recientes críticas contra uno de sus libros más famosos (*Coming of Age in Samoa*, 1928) no cuestionan la validez de sus últimos trabajos sobre la diversidad de géneros, cfr. Derek Freeman, *Margaret Mead and Samoa, the Making and Unmaking of an Anthropological Myth*, Harvard University Press, 1983.

97 M. Mead, *op. cit.*, págs. 67 y 70.

98 David A. Gilmore, *Manhood in the Making. Cultural Concepts of Masculinity*, Yale University Press, 1990.

99 Las tribus de Nueva Guinea, por ejemplo. Véase Maurice Godelier, *La Production des grands hommes*, Fayard, 1982, trad. Cast. *La producción de grandes hombres*, Barcelona, 1986. Este libro recoge las observaciones realizadas entre 1967 y 1975 por el autor sobre los baruya; Gilbert H. Herdt, ed., *Rituals of Manhood. Male Initiation in Papua New-Guinea*, University of California Press (1982).

100 Sobre los tahitianos, véase Robert Levy, *Tahitians, Mind and Experience with the Society Islands*, University of Chicago Press. 1973.

101 Los semai creen que la agresividad es la peor de las calamidades y la frustración del otro, el mal absoluto. Por lo tanto no son ni celosos, ni autoritarios, ni despreciativos. Cultivan cualidades no competitivas, son más bien pasivos y tímidos y asumen una actitud discreta frente a los demás,

más pacíficas del mundo? Son innumerables los interrogantes que se nos plantean sobre la “naturaleza” y el origen de la masculinidad. ¿Quién es más viril, Rambo, héroe de los jóvenes norteamericano, o el hombrecito semai? ¿Cuál es más normal, más cercano a la naturaleza? ¿En cuál se nota más la presión del ambiente o de la educación? ¿Cuál se ha tenido que reprimir más?

Pero no hay necesidad de recorrer el mundo para comprobar la multiplicidad de los modelos masculinos. Nuestra sociedad nos da suficientes ejemplos. La masculinidad no sólo varía según la época, sino también según la clase social¹⁰², la raza¹⁰³ y la edad¹⁰⁴.

La célebre frase de Simone de Beauvoir puede aplicársele también al hombre: No se nace hombre, se llega a ser. Los casos de Víctor de Aveyron y de Gaspar Hauser, los niños salvajes del siglo XIX que crecieron lejos de todo contacto humano, son una prueba *a contrario*. Aunque quienes los observaron poco se interesaban en los problemas de identidad sexual, éstos se manifiestan claramente en sus relatos. Gaspar Hauser quiere ponerse vestidos de mujer porque los encuentra más hermosos:

“Se le explica que debe convertirse en un hombre: él lo niega categóricamente”¹⁰⁵. Víctor, a quien el doctor Itard describe como poseído por fuertes pulsiones sexuales, no muestra preferencia por uno u otro sexo. Su deseo es indiferenciado. Pero como dice el buen doctor en 1881, no hay que extrañarse de que esto suceda “en un ser a quien la educación no le ha enseñado a distinguir entre un hombre y una mujer”¹⁰⁶.

Si la masculinidad es algo que se aprende y se construye, también puede cambiar. En el siglo XVIII, un hombre digno de ese nombre podía llorar en público y ruborizarse; a fines del XIX eso mismo podría llevarlo a perder la dignidad masculina. Como es obvio, lo que se construye puede ser deconstruido para ser reconstruido de nuevo. Pero a los más radicales de los “cons-

hombres o mujeres. Poco interesados en la diferencia entre los sexos, no ejercen ningún tipo de presión sobre los niños para que se diferencien de las niñas y se conviertan en pequeños duros. Cfr. D. Gilmore, *op.cit.* págs.209 a 219. Véase también Robert K. Dentan, *The Semai: A Non Violent People of Malaysia*, Nueva York, Holt, Rinehart and Wurston, 1979.

102 Anthony Astrachan, *How Men Feel*, Nueva York, Anchor Press/Doubleday,1986.

103 Robert Staples, “Stereotypes of Black Male Sexuality” en *Mens's Lives*, *op. cit.*, pág. 4.

104 Véase Segunda Parte, capítulo 2.

105 Lucien Malson, *Les Enfants sauvages*, colección 10/18, 1964, págs. 81-82.

106 *Ibidem*.

tructivistas”, inspirados por J. Derrida, sólo les interesa la deconstrucción. Pretenden acabar definitivamente con el dualismo de los géneros¹⁰⁷ y de los sexos¹⁰⁸, que no son más que oposiciones ideológicas encaminadas a establecer la opresión de uno sobre otro. Piensan deshacerse así, de una vez por todas, de los problemas de identidad sexual—incluidos los de los transexuales¹⁰⁹— e instaurar un régimen de plena libertad.

Las posiciones son irreconciliables. Entre los partidarios del determinismo biológico, que manejan la idea de un macho eterno, y sus opositores, que declaran tranquilamente que “el género masculino no existe”¹¹⁰, quedamos con la sensación de que el enigma masculino sigue en el más absoluto misterio. ¿Qué es el hombre? ¿Una pregunta sin respuesta? ¿Un signifiante sin significado? Sin embargo, sabemos que hay dos sexos y que el hombre no es una mujer. Salvo raras excepciones, siempre es posible distinguirlos. Si la diversidad de comportamientos desmiente la preeminencia de lo biológico, la multiplicidad de las masculinidades no impide la existencia de caracteres comunes, e incluso de connivencias secretas. A continuación nos dedicaremos, precisamente, a encontrarlas.

107 S. Kessler y McKenna, *Gender: An Ethno Methodological Approach*, Nueva York, 1978, John Wiley. Cuestionan el dualismo de los géneros como categorías arbitrarias, al igual que Holly Devor, *Gender Blending. Confronting the Limits of Duality*, Indiana University Press, 1989, pág. 33.

108 Judith Butler, *Gender Trouble. Feminism and Subversion of Identity*, Routledge, 1990. Su objetivo es el de desestabilizar la distinción. Insiste en el hecho de que el cuerpo mismo es una construcción, pág. 8.

109 Marcia Yudkin, “Transsexualism and women: a critical perspective” en *Feminist Studies*, octubre de 1978, vol. 4, N° 3, págs. 97 a 106.

110 Marc Chabot, “Genere masculin, genre flou”. Conferencia dictada en la Universidad de Laval en Quebec, en 1990, que el autor tuvo la gentileza de hacerme llegar. Publicada actualmente en *Des hommes et du masculin*, Bief, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1er trimestre de 1992, págs. 177 a 191.

II

Género y teoría del derecho



1

**Las escuelas feministas
y el derecho**

La crítica feminista al derecho*

Isabel Cristina Jaramillo**

Sumario

Introducción. I. Las distinciones. 1.1. Sexo y género. 1.2. El feminismo. 1.3. Tipos de feminismos. 1.4. Tipos de relación entre el feminismo y el derecho. II. La crítica feminista al derecho. 2.1. Crítica teórica al derecho. 2.2. Instituciones jurídicas sometidas a la crítica feminista. 2.3. Los métodos feministas. III. A modo de conclusión. Bibliografía.

Introducción

El derecho, entendido como el conjunto de instituciones formales que regulan la vida en sociedad, no podía dejar de ser uno de los principales focos de la crítica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar

* Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”, en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 27-66.

** Agradezco de manera muy especial a Mónica Roa por su energía en el trabajo como mi asistente en el diseño y desarrollo del curso *Corrientes feministas contemporáneas*, que fue dictado en la Universidad de los Andes en el segundo semestre de 1998. Sin su asistencia y colaboración ni el curso ni este texto habrían sido una realidad.

que desean tener dentro de la sociedad. La crítica y los usos del derecho por el feminismo, sin embargo, no sólo son intensos sino que también son inmensamente variados, pues tanto en su cantidad como en su cualidad, dependen en último término de la manera en la que cada mujer o conjunto de mujeres entiende su opresión dentro de las sociedades contemporáneas, así como de su comprensión del derecho y de las relaciones de éste con las otras esferas de la vida social.

El propósito de este texto es precisamente hacer una exposición de esta apasionada relación entre el feminismo y el derecho a la luz de la consideración de su complejidad y riqueza. Para esto se procederá, en primer lugar, a señalar una serie de distinciones que permitan introducir algún orden dentro de la complejidad. Luego se presentarán de manera esquemática las principales críticas feministas al derecho en sus presupuestos generales, las críticas feministas a las instituciones jurídicas particulares y los métodos feministas de análisis jurídico¹.

- 1 Como se dará cuenta cualquier lector medianamente informado, este estudio se refiere básicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en los Estados Unidos. Aunque podría decirse que en este tema, como en otros, los Estados Unidos han marcado la tendencia internacionalmente, sería absurdo generalizar lo que aquí se dice para los casos de los demás países. Las razones para el carácter americanocéntrico de este estudio son vanas. En primer lugar, y lo más importante, el texto al que se pretende introducir al lector es un texto que se ubica dentro del contexto estadounidense. En segundo lugar, como ya se dijo, las tendencias en los Estados Unidos han marcado de manera importante los debates académicos y las acciones de los movimientos feministas en otros países. En tercer lugar, en los Estados Unidos es en donde más prolífico e importante socialmente ha sido el debate feminista y el movimiento feminista. Por último, y con un *mea culpa*, mi formación en este tema ha sido fundamentalmente “americana”. Una compilación de artículos que contiene los movimientos y debates en los Estados Unidos, pero también en otros países, es la de Monica Threfall, *Mapping the Women's Movement*. New York, verso, 1996. Una aproximación a la reconstrucción del movimiento de mujeres en América Latina puede encontrarse en Virginia Vargas, “El movimiento feminista latinoamericano: entre la esperanza y el desencanto”, en: Magdalena León (comp.), *Mujeres y participación política. Avances y desafíos en América Latina*, Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994; y en: Nancy Saporta Sternbach y otras, “Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo”. en: *ibid.* En esta misma compilación se incluye una presentación sobre el movimiento feminista en Colombia: Norma Villarreal. “El camino de la utopía feminista en Colombia. 1975-1991”.

I. Las distinciones

1.1. Sexo y género

La primera distinción que cabe hacer, también la más básica y la que cuenta con el mayor consenso en la literatura, es la que se refiere al uso de las palabras sexo y género². Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres o, en otras palabras, entre machos y hembras de la especie humana. Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos. Entre otros, se consideran atributos femeninos la delicadeza en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros (el altruismo), la inclinación por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, la belleza. Como masculino, por oposición, se considera la brusquedad en las actuaciones, la violencia, el egoísmo, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, la fealdad.

Lo que la distinción busca poner en evidencia es que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias. Esto no implica, claro, que se caiga en la ingenuidad de considerar que no existe ninguna relación entre biología y cultura. Por el contrario, la literatura feminista ha sido bastante enfática en el señalamiento de la influencia que pueden tener las prácticas culturales en el discurso de la biología³ y, sobre todo, la que puede tener la biología en la configuración cultural⁴. El caso de la reproducción es un buen ejemplo. El que las mujeres sean reproductoras es un hecho biológico que ha determi-

2 Véase Cynthia Fuchs Epstein, *Deceptive Distinctions Sex, Gender and the Social Order*. New Haven and London. Yale University Press. 1988. Para una crítica de esta distinción, véase Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge. 1999 (1990). pp. 9 y ss.

3 Una excelente compilación de artículos en los que se pone de presente esta relación del género con el discurso de la biología y la ciencia en general es la de Evelyn Fox Keller y Helen Longino (eds.), *Feminism and Science*. Oxford. Oxford University Press. 1996.

4 Véase, por ejemplo, Shulamith Firestone. *The Dialectic of Sex*. New York. William Morrow. 1970.

nado ciertas prácticas culturales, como la de que sean las mujeres las encargadas principales del cuidado y la crianza de los niños. Pero este hecho biológico ha sufrido importantes modificaciones con la introducción de las tecnologías de planificación y procreación artificial. Hoy en día, no todas las mujeres son reproductoras y en algún momento puede ser que ni siquiera se necesite de una mujer para la reproducción de la especie. Los cambios culturales derivados del hecho de que se haya introducido un control a la función de reproducción ya son algo evidentes (aunque no tienen aún la dimensión que algunas feministas pensaron que podría tener)⁵.

Ahora bien, la adopción de esta distinción, que como todas no es dada sino construida, fue producto de consideraciones tanto teóricas como políticas. Teóricamente, su introducción respondió a la constatación de que el tratamiento que un individuo recibe socialmente depende de la percepción que socialmente se tiene de él y esta percepción responde a lo que se espera de él según su sexo. En este sentido, se hizo notar que en últimas lo importante socialmente no es el sexo, sino el género. Distinguir entre sexo y género también se mostró como importante frente a las teorías socio-biológicas que pretendían reducir el asunto de los comportamientos sociales de hombres y mujeres a variables biológicas, como si la biología fuera una condena⁶.

Políticamente, patrocinar la diferencia entre sexo y género resultaba importante no sólo para socavar la tendencia conservadora de los socio-biológicos, sino también para convertir la lucha entre los sexos (entre hombres y mujeres) en una lucha contra el género (de hombres y mujeres). En efecto, al introducir el género como estructura social, los hombres de carne y hueso dejaron de ser los principales blancos de ataque, así como también las mujeres de carne y hueso dejaron de ser siempre las víctimas. Las tensiones entre hombres y mujeres tendrían entonces que disiparse y los argumentos feministas ganarían nuevamente un espacio perdido⁷.

5 Ibid. Al contrario de Firestone, muchas feministas actualmente alertan a las mujeres sobre los peligros que la tecnología representa para la capacidad femenina de la reproducción. Véase Robin West, *Caring for Justice*. New York, New York University Press, 1997. p. 3.

6 Una interesante presentación de las teorías socio-biológicas puede encontrarse en Cynthia Fuchs Epstein. op. cit., pp. 46-71. Véase también Deborah Rhode, *Speaking of Sex, the Denial of Gender Inequality*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, especialmente el capítulo 2.

7 Judith Butler, op. cit.

La introducción de esta distinción tuvo también importantes efectos en la práctica académica. Si los años setenta y los primeros de los ochenta vieron surgir los programas e institutos de estudios sobre la mujer, en la última década estos han venido siendo reemplazados por programas e institutos dedicados al estudio de género⁸. La modificación no es sólo en el nombre: si los estudios sobre la mujer se concentraban en la problemática de las mujeres definidas por su sexo, los estudios de género hacen énfasis en las cuestiones relacionadas con el género y por eso, no se limitan, aunque todavía lo hacen en gran parte, al estudio de las mujeres (estudios mujer-centrados) sino también al de los hombres y al de las relaciones entre ambos.

Además, ha surgido toda una corriente identificada como “masculinista” en cuyo seno se debate lo relacionado con la construcción masculina de la identidad y los problemas de los hombres frente al género. Al interior del masculinismo se identifican actualmente dos posiciones: la de los llamados “masculinistas mitopoéticos” y la de los “masculinistas profeministas”. Los primeros, inspirados en la obra del poeta Robert Bly, sostienen que la principal consecuencia que ha tenido la industrialización para los hombres es la ausencia del padre, lo que ha generado fallas en el proceso de identidad masculina, “una herida de padre”. Reivindican valores asociados a lo masculino como la protección, la fuerza, el trabajo. Critican las imposiciones sociales de la competitividad, el egoísmo, la delegación del trabajo de cuidado a las mujeres, la violencia⁹.

Los masculinistas profeministas, por otra parte, si bien comparten la preocupación por la construcción de la identidad masculina, no creen que los problemas se deriven de una “herida del padre” sino de una “herida de madre”, un rechazo por lo femenino vinculado a la misoginia social. Comparten con las feministas, pues, la creencia de que las sociedades en las que vivimos son patriarcales y que deben ser transformadas no sólo por el bien de las mujeres sino también por el de los hombres¹⁰.

8 Véase Johanna Brenner, “The Best of Times, the Worst of Times: Feminism in the United States”, en: Monica Threfall (ed.), *Mapping the Women's Movement*, New York, Verso, 1996.

9 Robert Bly, *Iron John: a Book About Men*, Reading, Mass., Addison Wesley, 1990. Véase también Shepherd Bliss, “The Mitopoietic Men's Movement”. en: Michael Kimmel (ed.), *The Politics of Manhood*, Philadelphia. Temple University Press, 1995. pp. 292-307.

10 Véanse Tom Digby (ed.), *Men Doing Feminism*. New York, Routledge, 1998; Michael Kimmel y Michael Messner (eds.), *Men's Lives*. Boston, Allyn & Bacon, 1994; Michael Kimmel (ed.), *The*

1.2. El feminismo

A pesar de las discusiones recientes y de las confusiones iniciales en torno al uso de este término (feminismo), es importante para los propósitos de este escrito contar con una definición operativa. La definición que goza de mayor acogida hoy en día, si bien no está lo suficientemente difundida, es la que considera como “feminista” al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino¹¹.

La utilidad de asignar este referente al término feminismo radica en que, por un lado, hace posible reunir un conjunto de teorías y prácticas políticas bajo un denominador común, y, por el otro, permite distinguir unas prácticas teóricas y políticas de otras. Sin embargo, el asunto del uso de esta etiqueta no ha estado exento de debate.

En primer lugar, y al interior del feminismo mismo, se discute la verdadera utilidad del “agrupamiento” bajo un denominador común. En el ámbito de lo teórico, se oponen a la idea de lo “común” quienes consideran que lo femenino o “las mujeres” no son una categoría útil para comprender la realidad social¹². Señalan que bajo esta idea se esconde una intención por preservar un poder adquirido. Se critica entonces el que en la academia las mujeres blancas de clase media pretendan ser representantes del feminismo cuando de hecho ellas son las únicas que tienen acceso *realmente* al debate académico¹³. Por su parte, quienes defienden la “etiqueta” feminista, hacen

Politics of Manhood, Philadelphia. Temple University Press. 1995; Alice Jardine y Paul Smith (eds.), *Men in Feminism*. New York, Methuen. 1987; Michael Kaufman. “Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres” en: Luz Gabriela Arango, Magdalena León y Mara Viveros (comps.), *Género e Identidad*. Bogotá. Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes. 1995. pp. 123-146. Un excelente mapa de la configuración de los movimientos masculinistas o de hombres puede encontrarse en Deborah Rhode. op. cit., pp. 228-239.

11 Véase Patricia Smith. “Introduction”, en: Patricia Smith (ed.), *Feminist Jurisprudence*, pp. 9-16.

12 Como se verá más adelante, el reto a la idea de que socialmente el género es el principal factor de configuración de lo social ha venido tanto de las mujeres negras y latinas, como del posmodernismo.

13 Martha Mahoney, “Whiteness and Women, in Practice and Theory: a Reply to Catharine MacKinnon”, en: *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 5.1993. pp. 217-251.

énfasis en la importancia que tiene el unir esfuerzos para lograr posicionar el tema de la opresión de las mujeres dentro del debate académico¹⁴.

Del mismo modo se expresan críticas a la intención de agrupar los distintos movimientos de mujeres bajo una idea de lo “común”. La crítica aquí se dirige también al hecho de que este interés por la “unidad”, por resaltar lo “común”, sirve para encubrir y proteger el poder adquirido de estas mismas mujeres blancas y de clase media en lo relativo a la fijación de la agenda en la práctica política¹⁵. Adicionalmente se señala que este interés por la “unidad” puede ir en desmedro de la necesidad de establecer puentes con otros movimientos políticos que tienen intereses comunes a los de los movimientos de mujeres y que comparten algunos miembros con estos últimos¹⁶. Las defensoras del uso del término “feminismo”, no obstante, señalan el valor que tiene la unidad para la lucha política cuando se está ubicado en la posición del menos poderoso dentro de la sociedad. Además, ponen en evidencia el efecto perverso que podría tener sobre la organización de mujeres el subrayar excesivamente la diferencia y no lo común: si cada mujer resulta ser en últimas esencialmente diferente de las demás, sus problemas no son atacables por la vía política sino que exigen respuestas individuales. Sería el fin de los movimientos de mujeres¹⁷.

14 Véase, por ejemplo, Nancy Fraser, *Justitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.

15 The Combahee River Collective, “A Black Feminist Statement”, en: Linda Nicholson, *The Second Wave*, London. Routledge. 1997. pp. 63-70; Patricia Hill Collins. “Defining Black Feminist Thought”, en: *Ibid.*, pp. 241-259; Kimberle Crenshaw. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine. Feminist Theory and Antiracist Politics”, en: *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.

16 Las críticas contra el esencialismo de género, así como el contexto de los movimientos sociales en los Estados Unidos, han llevado a la necesidad práctica de la política de coalición, así como a la discusión teórica de los beneficios de la coalición. Véase, Bernice Johnson Reagon, “Coalition Politics: Turning the Century”. en: Ann Phillips, *Feminism & Politics*. Oxford. Oxford University Press, 1998. pp. 242-253; Judith Butler, op. cit., Nancy Fraser. *op. cit.*

17 La preocupación por la agencia política. por la posibilidad de movilización en tomo a la causa de las “mujeres” permea tanto los textos de quienes proponen una posición esencialista como de quienes la critican. Véase his Marion Young, *Intersecting Voices, Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1997 (propone la idea del género como serialidad para salvar la agencia política de las críticas al esencialismo); Martha Albertson Fineman, “Feminist Theory in Law: the Difference it Makes”, en: *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 2. no. 1. pp. 1-23

Lo cierto es que el uso de la etiqueta tendrá siempre un costo teórico y político. Lo importante es aprender a reconocer cuáles costos pueden evitarse y si los beneficios que se obtienen son mayores. Por el momento, el balance parece estar a favor del uso de la noción: los beneficios son reales y algunos de los costos que se han puesto en evidencia, corregibles.

En segundo lugar, se discute sobre el uso de la etiqueta desde el punto de vista de la realidad social que sirve de fundamento al compromiso político por el cual se define el feminismo. El núcleo de estos argumentos, externos al feminismo mismo, es la consideración de que las mujeres ya lograron aquello a lo que podrían aspirar, por lo que tanto la crítica académica, como la lucha política feminista se estiman carente de sentido. Las mujeres han logrado acceso a todos los tipos de trabajo, a las universidades (muchas tienen doctorados), cuentan con representación política, existen normas que castiguen los delitos sexuales y otras que protejan a las mujeres de la violencia en los hogares, en fin, todo está resuelto. Ahora bien, si su vida no es igual a la de los hombres, ha de ser porque las mismas mujeres así lo quieren, y es que, ¿quién en sus cinco sentidos puede querer llevar la vida de un hombre, llena de sacrificios, esfuerzos, peligros? ¿Quieren las mujeres acaso tener el mismo riesgo de enfermedades cardíacas atribuibles al estrés o convertirse en víctimas del homicidio en la misma proporción que los hombres?¹⁸

Entonces, si el compromiso político que va envuelto en el feminismo ya no tiene asidero en la realidad social, si la situación actual de las mujeres es producto de sus decisiones individuales (ella *quería* tener hijos temprano, ella *prefiere* educar a sus hijos que dejarlos con alguien que los cuide, ella *prefirió* ser secretaria cuando *decidió* no estudiar más, ella *decidió* no obtener el ascenso al *decidir* dedicar tanto tiempo a sus hijos, ella *decidió* ser madre soltera cuando tuvo relaciones con un hombre irresponsable, ella *prefirió* que-

(propone la idea de las “vidas engendradas” o marcadas por el género en reemplazo del concepto esencialista): Robin West, *op. cit.*, especialmente capítulo 5; Judith Butler, *op. cit.*, entre muchas otras. Dentro del campo del análisis jurídico propiamente dicho, la discusión se ha centrado en la utilidad de contar con categorías para el análisis. Aquí, si bien se acepta que las categorías son construidas y muchas veces no corresponden con la realidad Social, el razonamiento jurídico requiere de la construcción de categorías. Véase Martha Albertson Fineman. *op. cit.*; Martha Minow y Elizabeth Spelman. “In Contexto. en: Michael Brint y William Weaver, *Pragmatism in Law*, Boulder, Westview Press.

18 Una presentación exhaustiva de la negación de la desigualdad de géneros puede encontrarse en Deborah Rhode, *op. cit.*

darse y aguantar los golpes de un marido violento, etc., etc.) las mujeres que todavía lo sostienen deben tener algún problema, y el problema intenta ubicarse aquí: en el resentimiento, personal, por no tener un hombre a su lado o no querer tenerlo, como en el caso de las lesbianas, o grupal, por no tener privilegios que las sociedades igualitarias no pueden conferirle a ninguno de sus grupos de población, la consecuencia clara de este tipo de argumentos es una nueva marginación del feminismo y las feministas, una marginación que se agrega a la marginación que es propia del pensamiento y las luchas de los habitualmente excluidos, una doble marginación. Ser feminista, pues, es mucho más difícil ahora que hace algún tiempo¹⁹. Ahora, no sólo hay que convencer a los otros, hay que convencer a muchos de los que hasta hace poco apoyaban al feminismo,

Así, lo que involucra en últimas este segundo eje en el debate es una nueva necesidad de justificación del feminismo a la luz de los cambios en las sociedades contemporáneas. Posiblemente la alta carga de la prueba sea un argumento más para desalentar el uso de una etiqueta que para muchas no sólo está desgastada, sino que tiene problemas teóricos y políticos. Pero, nuevamente, los argumentos de las defensoras del “feminismo” parecen más sólidos: si desaparece el feminismo como tal, ya no quedará nadie que se encargue de correr el velo de la negación de la desigualdad entre los géneros²⁰.

En tercer y último lugar, se encuentra la discusión en torno al carácter “verdaderamente” teórico de la llamada teoría feminista, esto, porque como se explicó, el feminismo implica la adhesión a una convicción política (claro,

19 Vale la pena transcribir la anécdota con la que Deborah Rhode empieza su libro *The Denial of Gender Inequality* para ilustrar este problema de la marginación: “Casi dos décadas han pasado desde que llegué a la Escuela de Derecho de Stanford como la segunda mujer dentro de un profesorado de treinta y cinco hombres, cuando expresé mi interés en enseñar un curso sobre discriminación sexual, mis colegas en general estaban sorprendidos, ‘realmente necesitan nuestros estudiantes una clase sobre eso?’, ‘¿No son la mayoría de las personas capaces de discriminar naturalmente, sin necesidad de una educación formal?’ El decano, sin embargo, estaba aterrado con el proyecto, no solamente se trataba de un campo que diplomáticamente describió como “complicado”, sino que llevaría a que me “etiquetaran como mujer”. ‘Bueno’, contesté con lo que esperé fuera clara ironía, ‘eso probablemente no será una sorpresa para la mayoría de la gente. ¿Y cuál, después de todo, es mi alternativa? Pero para el decano, el asunto era la credibilidad académica, y para establecerla, yo necesitaba un curso “verdadero”; él me sugirió transacciones comerciales, (Traducción libre), Deborah Rhode, *op. cit.*, p. 1.

20 *Ibid.*

una convicción política con sustento en la realidad social, pero política al fin y al cabo). y para los opositores, no puede ser teoría (un cuerpo de conceptos que busca explicar el mundo, la realidad) una explicación que parte de un postulado político. Una explicación de este tipo no puede ser más que un discurso político²¹. Las feministas que se han dado a la tarea de tratar de rescatar a la “teoría feminista” de sus contradictores, sin embargo se han apoyado en las más aceptadas teorías sobre la ciencia y el conocimiento²² para mostrar que lo único que distinguiría a las teorías feministas de otras es su aceptación explícita del compromiso político que subyace a toda explicación conceptual y a toda empresa de conocimiento, y su formulación, también explícita, del contenido de su propio compromiso político²³. Así, la objeción a la posibilidad de hablar de una “teoría feminista” sería una objeción que se extiende a toda teoría, en tanto toda teoría representa un compromiso con valores y creencias sobre el modo en el que está organizado el mundo. La teoría feminista no sería sino una teoría más honesta que las demás. Al crítico, entonces, no le quedaría más que intentar un cambio en el lenguaje en el sentido de que dejemos de llamar teorías o explicaciones científicas a los cuerpos de conceptos en la medida en que estos no satisfacen la idea de la neutralidad y objetividad que tradicionalmente se venía adhiriendo a los términos “teoría” y “ciencia”, o intentar mostrar que es posible construir cuerpos de conceptos que no estén vinculados a una cierta manera de ver el mundo, es decir, tendría que enfrentarse a la teoría general sobre la ciencia y no al uso del término “teoría feminista” en particular.

21 Véase Katheline Bartlett, “Feminist Legal Methods”, en: *Harvard Law Review*, vol. 103. No. 4. 1990. pp. 829-888; Patricia Smith, *op. cit.*

22 Tres autores centrales en esta “revolución” son Nietzsche, Foucault y Kuhn. Véanse: F. Nietzsche. *Fragmentos Póstumos*, Bogotá, Norma. 1997; F. Nietzsche, *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial. 1993; F. Nietzsche, *La ciencia jovial*, Caracas. Monte Ávila Editores, 1985, F. Nietzsche, “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral”, en; Joan Llinares (ed.), *Nietzsche*, Barcelona. Península. 1988; Michel Foucault, *The History of Sexuality*, New York. Pantheon Books. 1978; Michel Foucault. *The Order of Things; an Archaeology of the Human Sciences*, New York. Vintage Books. 1973; Michel Foucault. *The Archaeology of Knowledge*; and, *The Discourse on Language*, New York. Pantheon Books. 1982; Thomas S. Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago. University of Chicago Press, 1996.

23 Véase Katherine Bartlett. *op. cit.* *ibid.*: Patricia Smith. *op. cit.*

1.3. Tipos de feminismos

Una vez delimitado el campo de las prácticas teóricas y políticas que pueden considerarse feministas, lo que se encuentra es una enorme diversidad (lo que es el punto de partida de la discusión sobre lo “común”, obviamente). Esta diversidad es el resultado, en parte, de la ubicuidad del feminismo y de las feministas: hay teoría política feminista, teoría jurídica feminista, teoría científica feminista, teoría psicológica feminista, teoría feminista sobre la ciencia social y natural, movimientos feministas en prácticamente cada uno de los países del mundo, organizaciones feministas internacionales, feministas en los gobiernos, feministas en los partidos políticos, organizaciones feministas no gubernamentales, etc. Pero principalmente es el resultado de las diferencias en los modos de entender la opresión de la mujer en las sociedades contemporáneas, tanto en abstracto como en concreto. Estas diferencias en la comprensión de la opresión se reflejan a su vez en las transformaciones que se proponen y por lo tanto en las estrategias políticas que deben asumirse.

Teniendo como criterio el de las diferencias en los modos de entender la opresión, la primera distinción que cabe hacer dentro de las teorías feministas son las de aquellas que consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo *igual* a los hombres, y las que consideran que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su *diferencia* respecto de los hombres. Dentro del primer grupo (*feminismos de la igualdad*) se incluyen a su vez distintas interpretaciones de lo que significa la igualdad que se pretende. Así, para algunas feministas la *igualdad* debe ser igualdad en cuanto a las oportunidades (*feminismos liberales clásicos* –igualdad en las oportunidades formales– y *feminismos liberales sociales* –igualdad en las oportunidades materiales o reales–) y para otras, la igualdad debe ser igualdad en cuanto al acceso a los recursos (*feminismos socialistas*). A estos dos grupos se agrega el de las llamadas *feministas radicales*, que sostienen que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder.

El feminismo liberal clásico tiene sus raíces en las reivindicaciones de las mujeres dentro del marco de la revolución francesa y en las obras de Mary Wollstonecraft²⁴ y John Stuart Mill²⁵. Fue el principal apoyo teórico

24 Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, London, Penguin Books, 1972 (4ª reimpresión en 1992).

de los movimientos sufragistas de los Siglos XIX y XX²⁶. Ubicándose en general dentro del paradigma liberal de la época, lo que se exigía era incluir a las mujeres como titulares de los derechos que disfrutaban los hombres. El argumento para excluir a las mujeres era el de su menor capacidad racional y por lo tanto su necesidad de protección. En contra de este argumento, el feminismo liberal clásico señala(ba) que las mujeres, como seres humanos, eran iguales en cuanto a sus capacidades humanas. Sólo necesitaban que se les permitiera desarrollar estas capacidades teniendo acceso a la educación, al empleo formal y a la política. Había pues que eliminar las barreras formales (legales) que disminuían la capacidad civil de las mujeres, su autonomía, que les impedían entrar en las áreas mencionadas. Este fue su objetivo político y a pesar de la demora, podría decirse que se vio satisfecho.

Si bien los logros del feminismo liberal clásico no pueden considerarse menores, empezaron a hacerse evidentes sus insuficiencias, así como las deficiencias de su sustento teórico. Por un lado, y como bien lo señala Betty Friedan en su ya clásico libro *The Femenme Mystique*²⁷, a pesar de que las mujeres norteamericanas tenían acceso a la educación y al empleo, seguían relegadas a la esfera doméstica, atrapadas por la mística femenina de la mujer hermosa que vive en una casa en los suburbios, que tiene tres niños y que dedica su vida al “hogar”. Por otro lado, el feminismo liberal clásico fue víctima de los ataques lanzados contra el liberalismo clásico en general, en el sentido de que la mera igualdad formal, la igualdad en la ley, no podía ser una garantía suficiente en sociedades con profundas desigualdades sociales. Por último, este feminismo fue criticado por acoger ciegamente los parámetros sociales vigentes en cuanto a lo que debe ser un ser humano, parámetros que reflejaban el punto de vista masculino y no tenían en cuenta las capacidades y necesidades específicas de las mujeres²⁸.

25 John Stuart Mili, “The Subjection of Women”, en la compilación de Stefan Colliny, John Stuart Mill, *On Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

26 Véase Johanna Brenner, *op. cit.*

27 Betty Friedan, *The Feminine Mystique*, Harmondsworth, London, Penguin Books, 1963.

28 Esta es fundamentalmente la crítica de las feministas de la diferencia en contra del feminismo de la igualdad en general. Véase Nancy Fraser, *op. cit.* Rosemarie Tong, *Feminist Thought*, San Francisco. Westview Press, 1989; Nancy Tuana y Rosemarie Tong (eds.), *Feminism and Philosophy*, Oxford, Westview Press. 1995.

El feminismo liberal social aparece entonces como alternativa que intenta superar las deficiencias anotadas. Teóricamente se sitúa dentro del liberalismo social, que recogiendo los planteamientos marxistas, sostiene que la libertad no puede ser ejercida si no se cuenta con los recursos materiales necesarios, y por lo tanto propone entender la libertad en relación directa con la igualdad de recursos. La reinterpretación feminista del liberalismo social enfatiza en la desigual distribución de recursos de acuerdo con el género²⁹. Se concentra entonces en mostrar que si bien las mujeres tienen acceso al empleo, están peor remuneradas que los hombres; tienen jornadas laborales más largas porque no sólo deben atender a sus obligaciones frente al trabajo remunerado sino asumir las tareas de cuidado y domésticas; sufren discriminación en el empleo que les impide entrar a ciertas áreas del mercado y ascender; en fin. Las feministas liberales sociales, además, recogen el reclamo del desconocimiento de la diferencia femenina para exigir que las mujeres reciban tratamiento especial en lo relacionado con sus funciones de reproducción, particularmente en la forma de apoyo a las mujeres embarazadas y desempleadas y en la protección laboral de la mujer embarazada (licencia de maternidad y lactancia)³⁰.

29 Vale la pena resaltar aquí que Virginia Woolf, a pesar de no haber sido realmente una feminista activa, ya señalaba la importancia de conectar la cuestión de los recursos con la de la libertad en su ensayo “Una habitación propia”. Virginia Woolf, *A Room of One's Own*, London, Hogarth Press, 1929.

30 Esta caracterización de las feministas liberales sociales corresponde a Rosemarie Tong, *op. cit.* Katherine Bartlett en su reconstrucción de las aproximaciones feministas, prefiere referirse a la posición de la igualdad substantiva o material. Véase Katherine Bartlett. “Gender Law”, en: *Dulce Journal of Gender Law and Policy*, vol. 1. No. 1. 1994, pp. 1 y ss. Construir una lista exhaustiva de las feministas que pueden incluirse en este grupo es prácticamente imposible. Algunos ejemplos de escritos representativos de esta posición serían: Heidi Hartmann y Stephanie Aaronson, “Pay Equity and Women's Wage Increases: Success in the States. a Model for the Nation”, en: *Dulce Journal of Gender Law and Policy*, vol. 1, 1994, pp. 69-88; Nancy Fraser, *op. cit.*, especialmente su capítulo 2; Joanne Conaghan, “The Invisibility of Women in Labour Law: Gender Neutrality in Model-Building”, en: *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 14, pp. 377-92. De otro lado, buena parte de las feministas que se ubican dentro de las corrientes de “mujeres en el desarrollo” (WID) y “género y desarrollo” (GAD) pueden ser consideradas feministas liberales sociales. Nuevamente un listado exhaustivo es imposible, pero una presentación de las líneas centrales de estas corrientes puede encontrarse en Caroline Moser, *Gender Planning and Development. Theory, Practice and Training*, London, Routledge, 1993; Helen Brown, *Feminism and Development Theory: a Critical Overview*, Cork, Ireland, University College, Department of Sociology, 1992; Valentine M. Moghadam (ed.),

Las feministas socialistas, por último, se instalan dentro del marco de la teoría socialista³¹, apropiándose de manera particular de la crítica feminista incipiente que identifican en los textos de Engels³². De acuerdo con esta crítica, la subordinación de las mujeres a los hombres y su correlativa modificación es propia del modo de producción capitalista, en tanto éstos requieren de la reproducción de la mano de obra para seguir vigentes. Esta reproducción de la mano de obra cómodamente se ubica en el espacio de la familia, que no sólo debe generar nuevos individuos sino atender sus necesidades básicas para que entren al sistema y permanezcan en él. Bajo la explicación marxista monodimensional, la transformación de este estado de cosas vendría como consecuencia del abandono del capitalismo y la imposición del comunismo. Las feministas socialistas, sin abandonar su compromiso con la teoría marxista, reconocen, sin embargo, el género como estructura de opresión social. Lo que proponen es que el patriarcado y el capitalismo sean vistos como sistemas mutuamente dependientes. En este sentido, distinguen la opresión de la explotación pero las muestran en interrelación. La opresión se entiende aquí como las restricciones impuestas a los seres humanos que les impiden desarrollarse como seres de la especie.

La explotación como el abuso económico que hacen quienes detentan los medios de producción a quienes carecen de ellos y deben vender su fuerza de trabajo. La explotación es una forma de opresión, pero no la única. Una

Patriarchy and Economic Development: Women's Positions at the End of the Twentieth Century, Oxford, Clarendon Press, 1996; Irene Tinker (ed.), *Persistent Inequalities: Women and World Development*, New York, Oxford University Press, 1990; Nalini Visvanathan (coordinator) Lynn Duggan, Laurie Nisonoff and Nan Wlegersma (eds.), *The Women, Gender and Development Reader*, London, Atlantic Highlands, N.J., Zed Books, 1997.

31 Es importante anotar aquí que las feministas socialistas intentan separarse de las socialistas feministas, siendo estas últimas aquellas que son marxistas y feministas, pero que no se adhieren a una reconstrucción del marxismo a la luz de la opresión de género, Zillah Eisenstein, "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en: Zillah Eisenstein (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, New York, Monthly Review Press, 1979. De esta manera, escapan a las fuertes críticas feministas contra el marxismo. críticas que acogen para reconstruir el impulso marxista a la luz de las consideraciones de género, para las críticas véase Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989; Heidi Hartmann, "The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism", en: Linda Nicholson (ed.), *op. cit.*

32 Frederick Engels, *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946.

de las más destacadas feministas socialistas expresa la interrelación entre patriarcado y capitalismo de la siguiente manera:

Esta afirmación de la dependencia mutua del patriarcado y el capitalismo no sólo asume la maleabilidad del patriarcado frente a las necesidades del capitalismo, sino que asume la maleabilidad del capital frente a las necesidades del patriarcado. Cuando uno señala que el capitalismo necesita del patriarcado para operar eficientemente, uno realmente está anotando que la supremacía masculina, [...] ofrece al capitalismo el orden y control que necesita. Este sistema de control es pues necesario para suavizar el funcionamiento de la sociedad y del sistema económico y por lo tanto no debería ser socavado. [...] En tanto la preocupación por las ganancias y la preocupación por el control social están íntimamente ligadas (pero no pueden reducirse la una a la otra), el patriarcado y el capitalismo se convierten en un proceso integral [...]³³.

A pesar de que tanto el feminismo liberal social como el feminismo socialista, superan de manera importante los planteamientos del feminismo liberal clásico, su tendencia social los hace débiles políticamente (ante el desprestigio de la izquierda en general) y su compromiso con la igualdad sigue siendo criticado por no reconocer plenamente el valor de lo femenino³⁴.

El *feminismo de la diferencia*, también llamada *feminismo cultural*, se aparta de los feminismos liberales y socialistas precisamente en su reivindicación de la diferencia de las mujeres y en su reclamo por el reconocimiento de esta diferencia. El eje principal de este feminismo es la obra de Carol Gilligan *In a Different voice*³⁵, que recoge el trabajo de Nancy Chorodow³⁶ y lo extiende para mostrar las diferencias entre el razonamiento moral de hombres y mujeres. Según los estudios de Gilligan, que pretenden inicialmente atacar

33 Zillah Eisenstein. "Developing a Theory of Capitalist Patriarchy and Socialist Feminism", en: Zillah Eisenstein (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, op. cit. (Traducción libre).

34 Véase Nancy Fraser, op. cit.; Rosemarie Tong, op. cit.

35 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

36 Nancy Chorodow, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, Berkeley, University of California Press, 1978.

la teoría del desarrollo moral de Kohlberg³⁷, las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos entendidos como células aisladas. Estas diferencias en el razonamiento moral responderían a diferencias en la formación de la identidad puestas de presente en la obra de Chorodow. En tanto en las sociedades actuales la crianza corresponde primariamente a la mujer, afirma Chorodow, las niñas en su desarrollo tienden a identificarse con la madre, a ser una con ella. Los niños, por el contrario, deben separarse de la madre para lograr su identificación. La consecuencia de esto es que mientras las mujeres perciben el mundo social como un conjunto de relaciones de las cuales ellas son parte y que merecen su atención y cuidado, los hombres perciben el mundo como compuesto por individuos cuya autonomía debe ser protegida. El principal valor de las mujeres, en este sentido, sería el cuidado, y su mayor temor, el aislamiento. Los hombres, por el contrario, valorarían por encima de todo la autonomía y su mayor temor sería el entrar en conexión, llegar a la intimidad, con alguien.

La principal crítica que se esgrime contra el feminismo cultural, que ya ha logrado permear la teoría política, jurídica, científica y la práctica política, es la de que al reivindicar lo privado como lo femenino, y esto como algo valioso, se olvida de que lo femenino ha sido construido socialmente y que las sociedades en las que nos encontramos son sociedades patriarcales. Lo construido hasta ahora como femenino, entonces, sería el producto de la opresión y por eso no podría ser asumido acríticamente³⁸. Adicionalmente, se ha señalado que al reivindicar la diferencia de las mujeres y el valor del cuidado, se corre el riesgo de revivir los fantasmas sociobiológicos y las tendencias paternalistas³⁹, y este ciertamente no es un riesgo pequeño, menos ahora cuando las explicaciones biológicas han ganado un nuevo auge.

37 Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, Harper and Row, 1981; "Moral Stages and Moralization: the Cognitive-Developmental Approach", en: T. Lickona (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory, Research and Social Issues*, New York, Holt, Rinehan and Winston, 1976; entre otros citados por Carol Gilligan en *In a Different Voice*, *op. cit.*

38 Véase Nancy Fraser, *op. cit.*; Judith Butler, *op. cit.*; Iris Marion Young, *op. cit.* Christine A. Littleton, "Reconstructing Sexual Equality", en: Patricia Smith, *Feminist JurisPrudence*, *op. cit.*, pp. 110-136.

39 Véase Christine A. Littleton, *op. cit.*, pp. 110-136; Deborah Rhode, *op. cit.*; Robin West, *op. cit.*

El *feminismo radical*, por último, encuentra su mejor expresión en la obra de Catherine MacKinnon⁴⁰. MacKinnon sostiene que la estructura fundamental de la sociedad es el género, siendo ésta la línea que determina primariamente la distribución del poder⁴¹. En virtud de que los hombres tienen el poder, lo que se manifiesta en su libre acceso a la sexualidad femenina, tienen la posibilidad de definir lo que es ser mujer. Las mujeres, entonces, silenciadas y despojadas de sus posibilidades de identificación, se convierten en objetos de intercambio. La superación de esta condición, para MacKinnon, exige la creación del conocimiento propio a través del método de la “elevación de conciencia” (*consciousness raising*). Usando este conocimiento debería perseguirse la transformación de las estructuras sociales.

De otro lado, los feminismos se distinguen según la prioridad que se le da al factor del género en la comprensión de la opresión de los individuos. Siguiendo este parámetro, los feminismos pueden distinguirse en *feminismos esencialistas de género* y *feminismos antiesencialistas de género*. Los primeros, dentro de los cuales se incluyen con matices todos los feminismos a los que se ha hecho referencia, son aquellos que consideran que el género es el principal (esencial) factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino⁴². Los segundos rechazan esta preponderancia del género y afirman, por el contrario, que la opresión que padecen los individuos del sexo femenino es distinta en cada caso porque tan importantes como el género, en tanto factor de opresión, son la raza, la orientación se-

40 Catharine MacKinnon, *op. cit.*

41 MacKinnon lo presenta en los siguientes términos: “[el feminismo] tiene una teoría del poder: la sexualidad está determinada por el género y el género por la sexualidad. Lo masculino y lo femenino se crean a través de la erotización de la dominación y la sumisión. La diferencia entre hombres y mujeres y la dinámica de la dominación/sumisión se definen mutuamente. Este es el significado social del sexo y la explicación distintamente feminista de la desigualdad de género.” Catharine MacKinnon, “Feminism, Marxism. Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, en: *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 7, 1982, pp. 515-44.

42 MacKinnon es tal vez quien con mayor ahínco ha defendido el esencialismo de género, en el sentido de señalar que el género marca definitiva y similarmente la vida de todas las mujeres. Su principal argumento es el de la diversidad de mujeres que participa(ron) en los grupos de creación de conciencia a partir de los cuales se definió y se sigue definiendo la vivencia femenina. Véase Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*; Catharine MacKinnon, “From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway?”, en: *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 4, 1991, pp. 13-25. En respuesta a este artículo, Martha Mahoney, *op. cit.*

xual, la clase y la pertenencia a un determinado grupo étnico. En este segundo grupo podrían ubicarse los feminismos de las mujeres negras⁴³, los feminismos de las mujeres lesbianas⁴⁴, los feminismos de las mujeres del tercer mundo⁴⁵, y el feminismo posmoderno⁴⁶, que no sólo se presenta como antiesencialista de género sino como antiesencialista en general. En efecto, las feministas posmodernas se caracterizan por su adhesión a la idea de que el sujeto no es más que una construcción social, por lo que no puede tener

43 Véase, entre muchos otros “The Combahee River Collective”, *op. cit.*; Patricia Hill Collins, *op. cit.*; Martha Mahoney, *op. cit.*; Kimberle Crenshaw, *op. cit.*; bell hooks, *Black Looks: Race and Representation*, Boston, South End Press, 1992; Angela P. Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, en: *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 581-614; Dorothy E. Roberts, “Racism and Patriarchy in the Meaning of Motherhood”, en: *The American University Journal of Gender & the Law*, vol. 1, 1993, pp. 1-38; Kimberle Crenshaw y otros (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, New York, New Press, 1995.

44 También entre muchos otros, Andrea Dworkin, *Intercourse*, London, Secker & Warburg, 1987; Adrienne Cecille Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, London, Onlywomen Press, 1981; Radicalesbians, “The Woman Identified Woman”, en: Linda Nicholson, *op. cit.*, pp. 153-157; Sarah Hoagland, “Separating From Heterosexuality”, en: *Lesbian Ethics*, Chicago, Institute of Lesbian Studies, 1988; Monique Wittig, “One is not Born a Woman”, en: *Feminist Issues*, vol. 1, No. 2, 1981, pp. 47-54; Monique Wittig, “The Mark of Gender”, en: *Feminist Issues*, vol. 5, No. 2, 1985; Margaret Nichols, “Lesbian Relationships: Implications for the Study of Sexuality and Gender”, en: David P. MacWhirter, Stephanle A. Sanders, and June Machover Reinisch (eds.), *Homosexuality / Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation*, New York, Oxford University Press, 1990.

45 Como en los casos anteriores, se citan los siguientes textos a manera de ejemplo; Urna Narayan, “Contesting Cultures. Westernization, Respect for Cultures, and Third World Feminists”, en: Linda Nicholson, *op. cit.*; Gloria Andalzúa y Cherrie Moraga (eds.), *This Bridge Called My Back: Writings of Radical Women of Color*, New York, Kitchen Table, Women of Color Press, 1982; Cherrie Moraga, “From a Long Line of Vendidas: Chicanas and Feminism”, en: Anne C. Herman y Abigail Stewart, *Theorizing Feminism: Parallel Trends in The Humanities and Social Sciences*, Boulder, Westview Press, 1994; Gayatri Chakravorty Spivak, *Thinking Academic Freedom in Gendered Post-coloniality*, University of Capetown Press, 1992; Gayatri Chakravorty Mohanty (eds.), *Feminist Genealogies, Colonial Legacies, Democratic Future*, New York, Routledge, 1997.

46 Dentro de la larga lista de feministas posmodernas se destacan Judith Butler, *op. cit.*; Iris Marion Young, *op. cit.*; Jane Flax, “Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory”, en: *Signs*, vol. 12, 1987, pp. 621 y ss.; Jane Flax, *Thinking Fragments: Psychoanalysis, Feminism and Postmodernism in the Contemporary West*, Berkeley, University of California Press, 1990; Luce Irigaray, *This Sex Which Is Not One*, Ithaca, Cornell University Press, 1985; Luce Irigaray, *Speculum of the Other Women*, Ithaca, Cornell University Press, 1985; Hélène Cixous, *La risa de la medusa*, Barcelona, Anthropos, 1995. Véase también la compilación de Linda Nicholson (ed.), *Feminism/ Postmodernism*, New York, Routledge, 1990.

en sí mismo ninguna esencia, ninguna característica que lo defina y que le pertenezca por ser ese sujeto y no algún otro. Los rasgos que se le atribuyen, su mismo “ser” individual, son el resultado de interacciones sociales que se reflejan y se crean dentro del lenguaje, construcción social por excelencia.

1.4. Tipos de relación entre el feminismo y el derecho

Tal y como se afirmó en la introducción, la relación entre el feminismo y el derecho asume muchas y variadas formas. Para entenderla mejor vale la pena introducir algunas distinciones. La primera distinción y la más simple es la que puede establecerse entre el feminismo como crítico del derecho y el derecho como herramienta del feminismo. A su vez, dentro de la crítica feminista al derecho pueden distinguirse la crítica que se hace a los presupuestos del derecho y a sus nociones fundamentales, crítica que se ubicaría por esta razón en el ámbito de la teoría del derecho, y la crítica a las instituciones jurídicas actualmente existentes. Y dentro de los usos del derecho se podría hablar de usos estratégico y usos no estratégicos.

Esta clasificación, a su vez, se intersecta con que se propuso sobre los tipos de feminismo, si bien no se trata de una superposición completa: algunos feminismos no han generado críticas a la teoría jurídica en sus conceptos fundamentales y otros no encuentran sustento para usar de modo estratégico el derecho. La posibilidad de entrecruzamiento depende, pues, en últimas, de la manera en la que cada uno de estos feminismos entiende el derecho) relación de éste con otras esferas de la vida social.

II. La crítica feminista al derecho

Puesto que hacer una presentación comprehensiva de la crítica feminista al derecho rebasa las intenciones y posibilidades de esta introducción, vamos a limitarnos a hacer una presentación muy general de la crítica feminista en tres de sus aspectos. Primero, la crítica desde la teoría del derecho. Segundo el conjunto de instituciones hacia los que se han dirigido las críticas feministas. Tercero, los métodos de análisis jurídico que se han reivindicado como propiamente feministas.

2.1. Crítica teórica al derecho

Así como los distintos feminismos se inscriben, en general, dentro de teorías más generales que podrían clasificarse como sociológicas, históricas, psicológicas, filosóficas, etc., la crítica feminista desde la teoría del derecho se ha inscrito en los paradigmas generales existentes dentro de la teoría del derecho. Corriendo el riesgo de simplificar demasiado el asunto podría decirse, sin embargo, que desde el feminismo se han hecho dos aportes importantes a la crítica del derecho. En primer lugar, se ha señalado que el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses. Lo que se entiende aquí por el punto de vista masculino y los intereses masculinos, depende del tipo de feminismo de que se trate. Como bien lo afirma Robin West⁴⁷ en el texto que sigue a este estudio, mientras que las feministas radicales consideran que el punto de vista masculino y los intereses masculinos se reducen a la apropiación de la sexualidad femenina y por esta vía a la modelación del ser y el deseo femenino⁴⁸, las feministas culturales o de la diferencia proponen que el punto de vista masculino incluye la comprensión del sujeto como ser aislado que valora la autonomía y le teme a la intimidad⁴⁹.

En segundo lugar, se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. El trabajo de Susan Estrich⁵⁰ sobre la violación marcó un verdadero hito al respecto al demostrar que a pesar de que la violación está penalizada y de que los niveles de impunidad son bajos según las cifras oficiales, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye una violación, sobre cómo se prueba una violación y sobre las actitudes “correctas” de las mujeres, llevan a la despenalización de *facto* de las violaciones de los conocidos (*acquaintance rape*) y de las violaciones en citas (*date rape*).

47 Robin West, “Jurisprudence and Gender”, en: *University of Chicago Law Review*, vol. 55. 1988. p. 1.

48 Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*

49 Carol Gilligan, *In a Different Voice*, *op. cit.*

50 Susan Estrich, *Real Rape*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

Las posibilidades de crear una teoría del derecho feminista que trascienda el nivel de la crítica, sin embargo, se han considerado más bien lejanas, particularmente desde el feminismo radical. Mientras vivamos en sociedades patriarcales, según MacKinnon, las mujeres no vamos a contar con un punto de vista propio desde el cual podamos construir una teoría del derecho feminista⁵¹. Vale la pena resaltar, sin embargo, el esfuerzo de Robin West en este sentido en su más reciente libro titulado *Caring for Justice*⁵². En este libro, West continúa el esfuerzo iniciado en el artículo que se incluye en este libro, por conciliar las intuiciones de las feministas radicales y las feministas de la diferencia y propone que tanto el derecho como la adjudicación introduzcan un balance de los valores de la ética de la justicia y de la ética del cuidado.

2.2. Instituciones jurídicas sometidas a la crítica feminista

Al contrario de lo que ocurre en el plano de la teoría abstracta, en el plano de las instituciones jurídicas concretas el feminismo ha sido bastante prolífico. Nuevamente, el tipo de crítica y las instituciones a las que se dirige han variado dependiendo del tipo de feminismo al que adhiere cada autora.

Los esfuerzos de las feministas liberales clásicas se dirigieron principalmente contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres como destinatarias de ciertos derechos. Sus críticas se encaminaron, pues, contra las reglas que prevenían el derecho al voto sólo para los varones, contra las que establecían la potestad marital y contra las restricciones en la educación superior que impedían a las mujeres entrar a las universidades de los hombres, y contra las normas laborales que impedían a las mujeres acceder a ciertos empleos u horarios. En general, sus críticas fueron exitosas. Las normas jurídicas fueron transformadas para proveer formalmente iguales derechos a hombres y mujeres⁵³.

51 Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*

52 Robin West, *Caring for Justice*, *op. cit.*

53 Una presentación de los logros de las feministas liberales clásicas en los Estados Unidos puede encontrarse en Johanna Brenner, *op. cit.* Un recuento similar para el caso colombiano puede encontrarse en los artículos sobre reforma legal y política y la situación de las mujeres en Colombia que se compilan en: Magdala Velásquez y otros (eds.), *Mujeres. historia y política*, en: Tomo 1, Santafé de Bogotá, Consejería Presidencial para la Mujer y Editorial Norma, 1995.

Otra institución que se convirtió en la piedra angular de las críticas de las feministas liberales clásicas fue la de la penalización del aborto. Aquí las feministas clásicas argüían que las mujeres, al igual que los hombres, debían tener derecho a controlar su propio cuerpo y que este derecho, que hace parte del derecho más general a la autonomía, debía prevalecer sobre la protección a la vida en gestación. También en este caso sus críticas fueron acogidas y el derecho transformado⁵⁴.

Recientemente el interés de las feministas liberales clásicas se ha vuelto nuevamente hacia las instituciones políticas, exigiendo ya no sólo el derecho al voto sino el derecho a una igual participación en el Estado para garantizar una igual representación⁵⁵.

Al igual que en los casos anteriores, sus peticiones han tenido bastante éxito⁵⁶.

Para las feministas liberales sociales y socialistas, por otra parte, las normas jurídicas que deben ser cambiadas se ubican dentro de lo que de manera general se puede llamar el derecho social (que incluiría el derecho laboral y el derecho relacionado con la provisión de seguridad social). Sus preocupaciones están directamente ligadas a la posibilidad de que las mujeres cuenten con los recursos necesarios para lograr una autonomía plena. En este sentido exigen garantías reales para la igualdad salarial, para la no discriminación en el empleo y para la

54 En el caso conocido como *Roe v. Wade*, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucionales las normas del estado de Texas que penalizaban el aborto en todas las circunstancias. La Corte en este caso protegió el derecho de las mujeres a la intimidad. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

55 Sobre la importancia de la equidad en la participación política, véase Virginia Shapiro, "When are interests interesting? The problem of political representation of women", en: Anne Phillips, *op. cit.*; Anne Phillips, "Democracy and Representation: Or, Why Should It Matter Who Our Representatives Are?", en: *ibid.* Una interpretación del renovado interés por la participación política de las mujeres como parte de un proyecto liberal clásico coherente con la tendencia neoliberal global puede encontrarse en Jane Jenson, "A Third Wave? Women's Movements and State Institutions". (Documento preparado para la segunda reunión de RPG Women's Movements and the State, Pennsylvania State University, abril 30 mayo, 1998 –sin publicar–).

56 Leyes sobre equidad en participación política han sido aprobadas en España, Argentina, varios de los países nórdicos y actualmente se discute un proyecto al respecto en Francia. En Colombia, la ley de equidad en la participación política, aunque ya fue aprobada en el Congreso, todavía no ha sido ratificada por la Corte Constitucional (en este caso, por tratarse de una Ley Estatutaria, la vigencia de la ley depende de la aprobación de la Corte Constitucional, art. 153 de la Constitución Política).

no discriminación en la distribución de recursos de la seguridad social. Adicionalmente, partiendo del reconocimiento de que las mujeres juegan un papel en la reproducción biológica de la especie y en la reproducción social del hogar, reclaman normas que garanticen la no discriminación de las mujeres en razón del embarazo, el reconocimiento de licencias de maternidad y lactancia, el reconocimiento del valor del trabajo doméstico, la existencia de servicios que aseguren a las mujeres la posibilidad de emplearse siendo madres (guarderías) y sistemas de seguridad social que protejan a las mujeres contra los riesgos particulares derivados de su situación como productoras reproductoras⁵⁷.

Las críticas de las feministas culturales o de la diferencia contra instituciones jurídicas vigentes se ubican sobre todo en el ámbito del derecho de familia. Pero, además, las feministas de la diferencia se constituyen en contraparte de las feministas liberales en la discusión en torno a la manera en la que debe ser transformado el derecho. Siguiendo con su crítica general al feminismo liberal, las feministas culturales encuentran en las críticas de las feministas liberales una intención de asimilar a las mujeres a los hombres y de introducir las en el mundo de la producción y la política diseñado por hombres y atendiendo a los valores masculinos. Proponen por esto que en lugar de las modificaciones exigidas por las liberales, se adopte un esquema de derechos especiales a través de los cuales se reconozcan y valoren el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres⁵⁸.

Las críticas de las feministas radicales, por último, se ubican en el campo de los derechos sexuales. Sus esfuerzos se han dirigido a mostrar cómo las normas jurídicas existentes garantizan a los hombres un “derecho de acceso” a la sexualidad femenina. Sus exigencias también se han visto ampliamente reflejadas en transformaciones de las normas legales. La penalización de la violación entre cónyuges, la regulación del acoso sexual, la introducción de normas procesales que protegen a las mujeres en los procesos por violaciones, así como la introducción de los conceptos de la violación entre conocidos y la violación en citas, pueden atribuírseles directamente. No han sido tan afortunadas, sin embargo, en la introducción de la penalización de la distribución de pornografía. La ordenanza cuya aprobación lograron en Indianápolis, en

57 Véase la literatura de referencia en la nota de pie de página 30.

58 Véase Christine Littleton, *op. cit.*; Lia Cigarini, “Apasionadas por la política. indecisas para actuar en la vida pública”, en: *El Viejo Topo*, No. 73, 1994, pp. 36-38.

la que se establecía como delito la distribución de pornografía (entendida como las reproducciones gráficas de imágenes en las que aparecen mujeres o niños sometidos sexualmente y disfrutando del sometimiento), fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵⁹.

2.3. Los métodos feministas

Siguiendo a Katherine Bartlett⁶⁰ podría decirse que los métodos feministas en el análisis jurídico son tres. El primero es el de la pregunta por las mujeres (*the women question*), consiste fundamentalmente en introducir la pregunta por las consecuencias diferenciadas por género que pueden derivarse de las normas jurídicas cuando éstas son aplicadas. También implica una relectura de los textos jurídicos tradicionales para entender de qué manera las experiencias de las mujeres han quedado marginadas en las lecturas tradicionales y cómo estas experiencias y valores de las mujeres pueden volverse parte de la lectura del texto. Así, por ejemplo, se ha exigido releer las normas que consagran el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, habitualmente ligado a la regulación de la potestad sancionatoria del Estado, para incluir la violencia doméstica como una forma de tortura o trato cruel y reforzar la necesidad de sancionarla⁶¹.

El segundo método al que se refiere Bartlett es el de la “razón práctica femenina”. Partiendo de la idea aristotélica del razonamiento con textual en materia práctica, varias feministas han señalado que no sólo la forma de razonamiento específicamente femenina es contextual, sino que el análisis tópico debe ser introducido para dar cuenta de la diferencia de las mujeres en la aplicación de las normas jurídicas. El método del razonamiento práctico afirma que lo importante es considerar las múltiples variables para lograr “integraciones y reconciliaciones creativas”, no el pensamiento dicotómico ni

59 *American Booksellers Association v. Hudnut*, 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985): affd. Mem., 475 U.S. 1001 (1986). Los términos específicos de la nonna declarada inconstitucional, así como el debate en torno a la decisión y una traducción de parte de la decisión pueden encontrarse en *Derecho y Pornografía*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1997.

60 Katherine Bartlett. “Feminist Legal Methods”, *op. cit.*

61 Por ejemplo, Isabel Marcus, “Reframing ‘Domestic Violence’: Terrorism in the Home”, en: Martha Albertson Fineman y Roxanne Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence*, New York, Routledge, 1994.

la ponderación de principios. Afirma, así mismo, que las situaciones son únicas y que ellas mismas generan en quien toma la decisión el deseo por lo fines correctos. Por esta razón, se prefieren aquí los estándares, aunque no se niega la importancia de las reglas en la toma de decisiones⁶².

El tercer método de análisis jurídico al que se refiere Bartlett es el de la “creación de conciencia”, que por estar dirigido más a la identificación de los problemas de las mujeres, la autora prefiere considerarlo un “meta-método”. Este método implica la creación colectiva de conocimiento a partir de la puesta en común de las experiencias de vida de las mujeres. A partir de este conocimiento, se hace posible la movilización en torno a la modificación de la legislación vigente, ya sea en el escenario de la legislación o en el de la adjudicación. Pero, además, la creación de conciencia tiene un efecto de empoderamiento respecto de las mujeres que participan⁶³.

III. A modo de conclusión

Como expliqué en la introducción, el propósito de este texto era presentar de manera sintética pero con suficientes matices el contexto en el que se ubica el texto de Robin West que se traduce a continuación. Cronológicamente, el artículo de West es anterior a algunas discusiones que se reseñan. Las respuestas de la autora a los retos que plantean la feministas antiesencialistas se desarrollan en particular en su libro *Caring for Justice*. En él la autora además da el paso de la crítica a la construcción proponiendo una teoría del derecho feminista. Con seguridad el lector querrá conocer está “segunda parte” de la historia después de recorrer este artículo que no sólo sobresale por su claridad sino por su lucidez.

Para terminar, quisiera recordar al lector una vez más, que tanto este estudio preliminar como el artículo de West se ubican dentro del contexto de

62 Bartlett cita aquí a Amelia Rorty, *Mind in Action*, Boston, Beacon Press, 1988; y Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck And Ethics In Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986. El análisis que proponen Martha Minow y Elizabeth Spelman, *op. cit.*, podría considerarse de este tipo.

63 Como ya se dijo antes, una de las grandes defensoras del método de creación de conciencia es MacKinnon. Véase Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*

la academia y la política de los Estados Unidos. Esto ciertamente no los hace irrelevantes. El reto, sin embargo, es aprender sin alienarse, producir conocimiento propio sobre la experiencia propia. Espero que estos textos sean una inspiración para un aumento en la producción de teoría feminista colombiana sobre el derecho colombiano.

Bibliografía

- ALBERSTON FINEMAN, Martha, “Feminist Theory in Law: the Difference it Makes”, en: *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 2, No. 1.
- ALEXANDER, M. Jacqui y TALPADE MOHANTI, Chandra (eds.), *Feminist Genealogies, Colonial Legacies, Democratic Future*, New York, Routledge, 1997.
- ANDALZÚA, Gloria y MORAGA, Cherrie (eds.), *This Bridge Called my Back: Writings of Radical Women of Color*, New York, Kitchen Table, Women of Color Press, 1982.
- ARANGO, Luz Gabriela, LEÓN, Magdalena y VIVEROS, Mara (comps.), *Género e Identidad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores y Ediciones Unian-des, 1995.
- BARLETT, Katharine, “Feminism Legal Methods”, en: *Harvard Law Review*, vol. 3, No. 4, 1990.
- , “Gender Law”, en: *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 1, No. 1, 1994.
- , bell hooks, *Black Looks: Race and Representation*, Boston, South End Press, 1992.
- BLISS, Shepherd, “The Mitopoietic Men’s Movement”, en: Michael Kimmel (ed.), *The Politics of Manhood*, Filadelfia, Temple University Press, 1995.
- BLY, Robert, *Iron John: a Book About Men*, Massachusetts, Addison Wesley, 1990.
- BRENNER, Johanna, “The Best of Times, the Worst of Times: Feminism in the United States”, en Monica Threfall (ed.), *Mapping the Women’s Movement*, New York, Verso, 1996.
- BUTLER, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1999.

- CHAKRAVORTY SPIVAK, Gayatri, *In Other Worlds. Essays in Cultural Politics*, New York, Methuen, 1987.
- , *Thinking Academic Freedom in Gendered Postcoloniality*. Capetown. University of Capetown Press. 1992.
- CHORODOW, Nancy, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and The Sociology of Gender*, Berkeley, University of California Press, 1978.
- CIGARINI, Lia, “Apasionadas por la política, indecisas para actuar en la vida pública”, en: *El viejo topo*, No. 73, 1994.
- CIXOUS, Hélène, *La risa de la medusa*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- CONAGHAN, Joanne, “The Invisibility of Women in Labour Law: Gender Neutrality in Model-building”, en: *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 14.
- CRENSHAW, Kimberle y otros (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, New York, New Press, 1995.
- CRENSHAW, Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, en: The University of Chicago Legal Forum, 1989.
- DIGBY, Tom (ed.), *Men Doing Feminism*, New York, Routledge, 1998.
- DWORKIN, Andrea, *Intercourse*, London, Secker & Warburg, 1987.
- EISENSTEIN, Zillah (comp.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, New York, Monthly Review Press, 1979.
- ENGELS, Frederick, *Origen de la familia. la propiedad privada y el Estado*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946.
- ESTRICH, Susan, *Real Rape*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- FIRESTONE, Shulamith, *The Dialectic of Sex*, New York, William Morrow, 1970.
- FLAX, Jane, “Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory”, en: *Signs*, vol. 12, 1987.
- , Jane, *Thinking Fragments: Psychoanalysis, Feminism and Postmodernism in the Contemporary West*, Berkeley, University of California Press, 1990.
- FOUCAULT, Michel, *The Archaeology of Knowledge*, New York, Pantheon Books, 1982.
- , *The History of Sexuality*, New York, Pantheon Books, 1978.

- , *The Order of Things; an Archaeology of the Human Sciences*, New York, Vintage Books, 1973.
- FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- FRIEDAN, Betty, *The Feminine Mystique*, Hardmondsworth, Penguin Books, 1963.
- FUCHS EPSTEIN, Cynthia, *Deceptive Distinctionns. Sex, Gender and the Social Order*, New Haven and London, Yale University Press, 1988.
- GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- HARRIS, Angela P., "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", en: *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990.
- HARTMANN, Heidi y AARONSON, Stephanie, "Pay Equity and Women's Wage Increases: Success in the States, a Model for the Nation", en: *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol 1, 1994.
- HILL COLLINS, Patricia, "Defining Black Feminist Thought", en: Linda Nicholson, *The Second Wave*, Routledge, 1997.
- HOAGLAND, Sarah, "Separating from heterosexualism", en: *Lesbian Ethics*, Chicago, Institute of Lesbian Studies, 1988.
- IRIGARAY, Luce, *Speculum of the Other Women*, Ithaca, Cornell University Press, 1985.
- , Luce, *This Sex Which is Not One*, Ithaca, Cornell University Press, 1985.
- JARDINE, Atice y SMITH, Paul (eds.), *Men in Feminism*, New York, Methuen, 1987.
- JOHNSON REAGON, Bernice, "Coalition Politics: Turning the Century", en: Ann Phillips, *Feminism & Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- KHUNS, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.
- KOHLBERG, Lawrence, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, Harper and Row, 1981.
- LEÓN, Magdalena (comp.), *Mujeres y participación política. Avances y desafíos en América Latina*, Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994.
- LICKONA, T. (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory, Research and Social Issues*, New York Holt, Rinehart and Wiston, 1976.

- LONGINO, Helen y FOX KELLER, Evelyn (eds.), *Feminism and Science*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- MacKINNON, Catharine, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1997.
- , *Towards a Feminist Theory of the State* Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- , “Feminism. Marxism. Method and the Staté Toward Feminist Jurisprudence”, en: *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 7, 1982.
- , “From practice to theory, or what is a whit woman anyway?”, en: *Yale Journal of Law an Feminism*, vol. 4, 1991.
- MAHONEY, Martha, “Whiteness and Women, in Practice and Theory: Reply to Catharine MacKinnon”, en: *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 5, 1993.
- MARCUS, Isabel, “Reframing ‘Domestic Violence’: Terrorism in the Home”, en: Martha Alberston Fineman y Roxanne Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence*, New York, Routledge, 1994.
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- MINOW, Martha y SPELMAN, Elizabeth, “In Context”, en: Michael Brint y William Weaver, *Pragmatism in Law*, Boulder, Westview Press.
- MOGHADAM, Valentine M. (ed.), *Patriarchy and Economic Development: Women’s Positions at the End of the Twentieth Century*, Oxford, Claredon Press, 1996.
- MORAGA, Cherrie, “From a Long Line of Vendidas: Chicanas and Feminism”, en: Anne C. Herman y Abigail Stewart, *Theorizing Feminism. Parallel Trends in the Humanities and Social Sciences*, Boulder, Westview Press.
- MOSER, Caroline, *Gender Planning and Development. Theory, Practice and Training*, London, Routledge, 1993.
- NICHOLS, Margaret, “Lesbian Relationships: Implications for the Study of Sexuality and Gender”, en: David P. MacWhirter, Stephanie Sanders y June Machover Reinisch (eds.), *Homosexuality / Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation*, New York, Oxford University Press, 1990.
- NICHOLSON, Linda (ed.), *Feminism / Posmodemism*, New York, Routledge, 1990.

- , *The Second Wave*, London, Routledge, 1997. NIETZSCHE, Frederick, *Fragmentos Póstumos*, Bogotá, Norma, 1997.
- , *La ciencia jovial*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1985.
- , *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- , “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral”, en: Joan Linares (ed.), *Nietzsche*, Barcelona, península, 1988.
- NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- RHODE, Deborah, *Speaking of Sex, the Denial of Gender Inequality*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- RICH, Adrienne Cecille, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, London, Onlywomen Press, 1981.
- ROBERTS, Dorothy E., “Racism and Patriarchy in the Meaning of Motherhood”, en: *American University Journal of Gender & the Law*, vol. 1, 1993.
- RORTY, Amelia, *Mind in Action*, Boston, Beacon Press, 1988.
- SAPORTA, Nancy y otras, “Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo”, en: *Mujeres y participación política*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994.
- THREFALL, Monica (ed.), *Mapping the Women’s Movement*, New York, Verso, 1996.
- TINKER, Irene (ed.), *Persistent Inequalities: Women and World Development*, New York, Oxford University Press, 1990.
- TONG, Rosemarie, *Feminist Thought*, San Francisco, Westview Press, 1989.
- TUANA, Nancy y TONG, Rosemarie (eds.), *Feminism and Philosophy*, Oxford, Westview Press, 1995.
- VELÁSQUEZ, Magdalena y otros (eds.), *Las mujeres en la historia de Colombia*, Tomo 1, Bogotá, Consejería Presidencial para la Mujer y Editorial Norma, 1995.
- VILLARREAL, Norma, “El camino de la utopía feminista en Colombia, 1975-1991”, en: *Mujeres y participación política*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994.
- VISVANATHAN, Nalini (co-ordinator); DUGGAN, Lynn, NISONOFF, Laurie and WIEGERSMAN, Nan (eds.), *The Women, Gender and Development Reader*, London, Atlantic Highlands, Zed Books, 1997.
- WEST, Robin, *Caring of Justice*, New York, New York University Press, 1997.

- , “Jurisprudence and Gender”, en: *University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988.
- WITTIG, Monique, “One is Not Born a Woman”, en: *Feminist Issues*, vol. 1, No. 2, 1981.
- , Monique, “The Mark of Gender”, en: *Feminist Issues*, vol. 1, No. 2, 1981.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, *A Vindication of the Rights of Woman*, London, Penguin Books, 1972 (1992).
- WOOLF, Virginia, *A Room of One’s Own*, London, Hogarth Press, 1929.
- YOUNG, Iris Marion. *Intersecting Voices. Dilemmas of Gender. Political Philosophy and Policy*. Princeton. Princeton University Press. 1997.



2

Género y derecho

El sexo del derecho*

Frances Olsen

Sumario

I. Los dualismos y el derecho. 1.1. Sexualización. 1.2. Jerarquización. 1.3. El derecho como concepto masculino. II. Estrategias feministas. 2.1. Rechazo de la sexualización. 2.2. Rechazo de la jerarquización. 2.3. “Androginia”. III. Críticas feministas al derecho. 3.1. Reformismo legal. 3.2. El derecho como orden patriarcal. 3.3. Teoría jurídica crítica. IV. Conclusión.

I. Los dualismos y el derecho

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/par-

* Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.

Publicado en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

ticular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos¹.

Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos.

1.1. Sexualización

La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual del pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular.

La identificación sexual de los dualismos posee elementos tanto descriptivos como normativos. A veces se dice que los hombres son racionales, activos, etc.; y otras veces se dirá que los hombres *deberían ser* racionales, activos, etc. De manera similar, a veces se considera que la aserción sobre las mujeres es descriptiva: las mujeres simplemente son irracionales, pasivas, sentimentales, etc. Mucha gente pensaba que esto era un hecho inmutable e inevitable acerca de las mujeres: que son incapaces de ser racionales, activas, etc. Pero también suele afirmarse que las mujeres *deberían ser* irracionales, pasivas y demás o, por lo menos, que ellas *no deberían* intentar ser racionales, activas, etc., sea porque

1. Véase Hélène Cixous, “Sorties”, en E. Marks y I. Courtivron (eds.), *New French Feminisms* (Nueva York, Schocken Books, 1981), pp. 90-91; J. Derrida, *Dissemination* (The University of Chicago Press, 1981); C. Christ, *Diving Deep and Surfacing* (Boston, Beacon Press, 1980), p. 25; J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy* (Lewisberg, Bucknell University Press, 1977), pp. 18, 100-101, 188-191; F. Olsen, “The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform” (en *Harvard Law Review*, 96, 497, pp. 1570-1576, 1983); G. Frug, “The City as a Legal Concept” (en *Harvard Law Review*, 93, pp. 1057, 1057, 1980).

es importante que las mujeres sean diferentes de los hombres o porque lo irracional, pasivo, etc., son rasgos positivos cuando se aplican a las mujeres.

1.2. Jerarquización

El sistema de los dualismos es un sistema de jerarquías. Los dualismos no sólo dividen el mundo entre dos términos sino que estos términos están colocados en un orden jerárquico. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Así, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción. Esta jerarquía ha sido algo oscurecida por una glorificación compleja -y a menudo poco sincera- acerca de las mujeres y lo femenino. Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el “mundo real”, pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado “femenino” de los dualismos. La naturaleza, por ejemplo, es glorificada como algo respetable, como un valioso objeto de conquista por parte de héroes masculinos, y simultáneamente es degradada como una materia inerte, y es explotada y manipulada de acuerdo con los propósitos de los hombres. De modo similar, la sensibilidad y la subjetividad irracionales son al mismo tiempo glorificadas y denigradas. Por más que se quiera romantizar las virtudes propias de las mujeres, la mayoría de la gente aún cree que lo racional es mejor que lo irracional, la objetividad es mejor que la subjetividad, y que ser abstracto y universal es mejor que ser concreto y particular. De todas maneras, la cuestión es más compleja porque nadie quiere *eliminar* realmente del mundo de forma total lo irracional, lo pasivo, etc. Pero generalmente los hombres quieren tomar distancia de estos rasgos y pretenden que las mujeres sean las irracionales, pasivas, etc. Para las mujeres, esta glorificación del lado “femenino” de los dualismos resulta hipócrita.

1.3. El derecho como concepto masculino

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y “masculinos” de los dualismos. Aunque la “justicia” sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres.

Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Dado que las mujeres fueron por largo tiempo excluidas de las prácticas jurídicas, no sorprende que los rasgos asociados con las mujeres no sean muy valorados en el derecho. Por otra parte —en una especie de círculo vicioso—, se considera que el derecho es racional y objetivo, entre otras cosas, porque es valorado y, a su vez, es tan valorado porque se lo considera racional y objetivo.

Los desafíos más interesantes y prometedores contra este sistema dominante de pensamiento son aquellos hechos por las feministas. Las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas sobre el dominio masculino en general, y las actitudes contestatarias con las que varias feministas han enfrentado el derecho pueden comprenderse mejor cuando son observadas desde un contexto más amplio.

II. Estrategias feministas

Las estrategias feministas para atacar el sistema dual dominante pueden dividirse en tres amplias categorías. La *primera categoría* está compuesta por estrategias que se oponen a la sexualización de los dualismos y que luchan por identificar a las mujeres con el lado favorecido —con lo racional, activo, etc.—. Las estrategias de la *segunda categoría* rechazan la jerarquía que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos. Esta segunda categoría acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero afirma el valor de estos rasgos: se trataría de rasgos tan buenos o mejores que lo racional, activo, etc. La *tercera categoría* rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos. Las estrategias de esta tercera cate-

goría cuestionan y rompen con las diferencias que se sostiene existen entre los hombres y las mujeres, y a la vez niegan la jerarquía de lo racional, activo, etc., por sobre lo irracional, pasivo, etc. Racional e irracional, activo y pasivo y demás términos no son polos opuestos y no pueden dividir –y de hecho no dividen– el mundo en esferas contrastantes.

2.1. Rechazo de la sexualización

Las estrategias que rechazan la sexualización de los dualismos mantienen ciertas coincidencias con la ideología dominante, dado que aceptan la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. Se diferencian de la ideología dominante en el hecho de que no admiten la aseveración normativa de que las mujeres *deberían ser* –o seguir siendo– irracionales, pasivas, etc., rechazando principalmente la aserción descriptiva de que las mujeres son irracionales, pasivas, etc. De modo aún más firme, se oponen a la idea de que las mujeres no pueden evitar ser irracionales, pasivas, etcétera.

Esta estrategia es ilustrada por un ensayo escrito en 1851 por Harriet Taylor Mill. Mill criticó la afirmación de que las mujeres sean natural o universalmente inferiores a los hombres, y sostuvo que cada individuo –mujer u hombre– debería ser libre para desarrollar sus propias habilidades del mejor modo posible “para demostrar sus capacidades a través de una prueba pública (*by trial*)”. Según Mill, “la esfera apropiada para todos los seres humanos es la más amplia y la más distinguida que puedan alcanzar”².

Harriet Taylor Mill rechaza la sexualización de los dualismos y, sin embargo, acepta la jerarquía de los rasgos colocados en primer término sobre los segundos. Utiliza “racional” como digno de aprecio e “irracional” como un término despreciable, y afirma que “la razón y los principios” –y no el “sentimentalismo”– ofrecen el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres. Niega que las mujeres sean inherentemente irracionales, pasivas, etc., y cree que las causas que tienden a hacer que se vean así son la educación y la forma de vida que las mujeres se ven obligadas a llevar. Mill dice

2. H. T. Mili, “Enfranchisement of Women”, en J.S. Mili y H.T. Mill, *Essays on Sex Equality*, ed. A. Rossi (University of Chicago Press, 1970), pp. 89, pp. 100-101; M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of woman* (Londres, J. Jonson, 1972), pp. 49-92.

que esto es “una injusticia para el individuo y un daño para la sociedad”. Negar a las mujeres la oportunidad de desarrollarse hasta su más alto potencial es una manera efectiva de impedir que sean racionales, activas, etc. “Si no se permite ejercer ciertas cualidades, éstas no deberían existir.” Harriet Taylor Mill descartó como “absurdos” los esfuerzos de algunas feministas de desafiar la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. “Lo que se pretende para las mujeres son derechos iguales, igual acceso a todos los privilegios sociales, no una posición aparte, una especie de clero sentimental”³.

Esta actitud en relación con la igualdad de las mujeres es abiertamente sostenida en nuestros días. Muchas feministas y la mayoría de los liberales creen que los roles del sexo deberían ser una cuestión de elección del individuo. Cuando los individuos actúan racional y razonablemente, deberían ser tratados conforme a esa actuación. Si los hombres o las mujeres eligen ser irracionales, pasivos y demás, no pueden esperar ser tratados de la misma manera. Además, si las mujeres no quieren criar y educar a sus hijos, no deberían hacerlo, y si los hombres desean criarlos, deberían ser libres para cumplir esa decisión.

Hay más en esta categoría que una simple indiferencia frente al sexo. Lo que se afirma es que las mujeres *han sido entrenadas* para ser irracionales y pasivas, y que ese entrenamiento debería ser revertido. Las acciones afirmativas o positivas a favor de las mujeres, el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, etc. Una crítica diferente es que las mujeres ya son racionales, activas y demás, pero no se reconoce que lo son. Las acciones afirmativas pueden ser justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad, etc., de las mujeres. Lo que sostienen estas estrategias no es que el género deba ser ignorado sino que las mujeres son o deberían ser racionales, activas, etcétera⁴.

Bajo estas estrategias, la igualdad —o tratamiento igualitario— es para las mujeres la meta final. El tratamiento igualitario para las mujeres también es propuesto como norma general, mientras que las políticas sobre la “conciencia

3. H. T. Mili, ob. cit., pp. 101 Y 120; M. Wollstonecraft, ob. cit.

4. Véase F. Olsen, ob. cit., p. 1549-1550.

cia de género” (*gender-conscious policies*) son vistas como un abandono limitado de esta norma –como una excepción que puede justificarse para enfrentar y corregir la desigualdad–. El resultado de esas políticas de “conciencia de género”, de acuerdo con sus defensoras, debería ser el de asegurar a las mujeres el mismo poder y prestigio del que gozan los hombres, y el de permitir que las mujeres sean –y que esto se les reconozca– tan racionales, activas, etc., como son los hombres (lo cual, por supuesto, sucede menos de lo que los hombres dicen que sucede).

2.1. Rechazo de la jerarquización

La segunda serie de estrategias rechaza la jerarquía de los primeros rasgos sobre los segundos pero acepta la sexualización. Estas estrategias se parecen a la ideología dominante en que aceptan en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes –que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.–. Tienden también a seleccionar, para describir los mismos rasgos, adjetivos alternativos que tengan menor carga valorativa o que estén cargados en la dirección opuesta: racionalista/espontáneo; agresivo/receptivo, etcétera.

Durante el siglo XIX y principios del XX, el principal objeto de denuncia del movimiento de las mujeres fue la exclusión de éstas del ámbito público y la negación a la mujer de igualdad de oportunidades. Estas denuncias fueron sostenidas principalmente por estrategias de la primera categoría (estrategias que rechazaban la sexualización de los dualismos) más que por estrategias de la segunda categoría (estrategias que rechazaban la jerarquía). La principal excepción fue el movimiento por la pureza social y otras reformas morales.

En general, los movimientos de reforma social liderados por feministas rechazaron la jerarquización de los dualismos y aceptaron su sexualización. Las reformadoras sostenían que las mujeres son moralmente superiores a los hombres y, en este sentido, que tienen una misión especial en la mejora de la sociedad. Muchas de estas reformadoras tenían la esperanza de que los hombres adoptaran más virtudes femeninas –especialmente la continencia sexual–, pero básicamente aceptaban los dualismos, aceptaban la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc. y, en general, se resignaban a la imposibilidad de un cambio mayor por parte de los hombres. Su esfuerzo

principal no consistía en transformar o abolir los dualismos sino en forzar una revalorización de lo irracional, pasivo, etcétera⁵.

Charlotte Perkins Gilman, una temprana feminista que criticó rigurosamente muchos de los rasgos predominantes entre las mujeres de fin del siglo pasado, escribió sin embargo una elocuente reivindicación del lado desvalorizado de los dualismos. La novela *Herland* describe una utopía feminista en un escenario geográficamente aislado, luego de que los hombres se hubieran matado entre sí como consecuencia de una guerra. Gilman describe brevemente un milagroso y poco plausible cambio hacia la reproducción asexual, para lograr así una descripción acerca de cómo funcionaría una sociedad compuesta sólo por mujeres. A pesar de que las mujeres de Gilman son más fuertes y más capaces de lo que el estereotipo estándar de su época hubiera permitido, y a pesar de que se observan en la novela sobretonos andróginos, el mensaje principal del libro es la ruptura e inversión parcial de la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, lo activo sobre lo pasivo, etcétera⁶.

Un grupo de feministas modernas ha continuado esta idea de la ruptura e inversión parcial de la jerarquía. Hablar de la “psicología de la mujer”, la “imaginación” y el “lenguaje común de las mujeres” es popular hoy en día⁷. La distinción entre la estrategia que rechaza la jerarquización y acepta la sexualización de los dualismos por un lado y, por otro, la estrategia de la “androginia”, que rechaza la propia estructura de los dualismos, ha comenzado a disolverse.

Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos. Revertir o invertir la jerarquía entre lo racional y lo irracional, lo activo y lo

5. Véase Barbara Easton, “Feminism and the Contemporary Family”, en N. Cott y E. Pleck (eds.), *A Heritage of Her Own* (Nueva York, Simon & Schuster, 1979), pp. 555-557; N. Cott y E. Pleck, Introduction, en ob. cit., p. 11; K. Melder, *Beginnings of Sisterhood* (Nueva York, Schocken Books, 1977), p. 53; Judith Walkowitz, “The Politics of Prostitution” (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VI, 1980, reeditado en C. Stimpson y E. Person [eds.], *Women: Sex and Sexuality* [Nueva York, Simon & Schuster, 1980]), p. 145.

6. Véase C. Gilman, *Herland* (Nueva York, Pantheon Books, 1979).

7. Véase C. Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Harvard University Press, 1982); P. Spacks, *The Female Imagination* (Nueva York, Knopf, 1975); A. Rich, “Origins and History of Consciousness” (en *The Dream of a Common Language: Poems, 1974-1977*, Nueva York, Norton, 1978), p. 7.

pasivo, etc., podría simplemente reforzar los dualismos y en última instancia mantener los valores dominantes. Por otro lado, tal reversión podrá en algunas ocasiones constituir la forma más efectiva de subvertir los dualismos⁸. Además, una autora puede pretender seguir una estrategia en su obra y ser utilizada por los lectores para apoyar otra. A pesar de que algunas autoras articulan un claro apoyo al mantenimiento de los papeles sexuales⁹, en otros casos la ruptura de la jerarquización de los dualismos puede o no pretender romper con la sexualización de los dualismos o bien deshacerse de los propios dualismos. Cuando ésta es la intención, yo clasificaría la estrategia en la tercera categoría, la “androginia”.

2.3. “Androginia”

Es posible atacar al mismo tiempo tanto la sexualización como la jerarquización. Los hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en los que la ideología dominante masculina ha definido estas ideas. A través de los años, varias feministas han tratado de adoptar una actitud crítica en relación con las pretensiones de dominio masculino. El rechazo tanto de la sexualización de los dualismos como de la jerarquización establecida entre los dos lados de los dualismos es a menudo acompañado por un rechazo de todos los dualismos y una ruptura de los papeles sexuales convencionales.

Durante la segunda mitad del siglo XIX hubo un significativo apoyo a la propuesta de moderar las expectativas puestas sobre los papeles sexuales de los hombres y mujeres. William Leach, en su estudio del feminismo en el siglo XIX, afirma que “todas las feministas creían que sólo los hombres y mujeres fuertes, independientes, pero también tiernos, que combinaran en su naturaleza las mejores virtudes de ambos sexos, podían ser buenos cónyuges y buenos padres”. Sólo los “hombres y mujeres simétricamente desarrollados” eran considerados “seres humanos completos”¹⁰.

8. Véase Drucilla Cornell y Aclam Thurschwell, “Feminity, Negativity, Intersubjectivity”, en Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, *Feminism as Critique* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987); C. Christ, ob. cit., pp. 26, 130.

9. Véase, por ejemplo, Elshtain, “Against Androgyny” (en *Telos*, 47, 1981), p. 5.

10. W. Leach, *True Love and Perfect Union* (Nueva York, Basic Books, 1980), p. 32.

El renacimiento del movimiento de las mujeres ha traído nuevamente estas ideas al discurso popular. Algunas feministas sostienen que las mujeres son y deben ser racionales e irracionales, objetivas y subjetivas, abstractas y concretas, universales y particulares. Desde hace no mucho tiempo, mujeres influidas por el pensamiento posmoderno, y especialmente por algunos movimientos deconstructivistas, han comenzado a cuestionar las dicotomías básicas.

Esta estrategia desafía el límite entre los dos términos en cada uno de los dualismos, poniendo en duda la oposición directa entre ellos y negando sus separaciones. Ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva¹¹.

III. Críticas feministas al derecho

Las críticas feministas al derecho se dividen en tres grandes categorías, conforme a las tres categorías de las estrategias feministas que atacan el dominio masculino en general. La ideología dominante sostiene que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal y que lo racional es mejor que lo irracional, lo objetivo es mejor que lo subjetivo, etc. La primera categoría consiste en aquellas críticas que atacan la afirmación de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, mientras que están de acuerdo con que lo racional, objetivo, etc., es mejor que lo irracional, subjetivo, etc. Estas feministas sostienen que el derecho debería ser racional, objetivo y universal y luchan para beneficiar a las mujeres, tratando de hacer que el derecho recoja sus reclamos y se torne así realmente racional, objetivo y universal. Las críticas de la segunda categoría aceptan que el derecho es racional, objetivo y universal pero rechazan la jerarquía de los dualismos. Las feministas que mantienen este punto de vista caracterizan el derecho como masculino y patriarcal y, en este sentido, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. La tercera categoría de las críticas rechaza tanto la caracterización

11. Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1577-1578; C. Heilbrun, *Towards a Recognition of Androgyny* (Nueva York, Harper & Row, 1973); E. Cook, *Psychological Androgyny* (Nueva York, Pergamon Press, 1985); W. O'Flaherty, *Women, Androgyness, and Other Mythical Beasts* (The University of Chicago Press, 1980).

del derecho como racional, objetivo, abstracto y universal, como la jerarquización de lo racional sobre lo irracional, objetivo sobre lo subjetivo, etc. Tal derecho no es ni puede ser racional, objetivo, abstracto y universal. Una vez más, de acuerdo con esta tendencia feminista, racional e irracional, activo y pasivo, no son polos opuestos ni dividen ni pueden dividir el mundo en esferas contrastantes.

3.1. Reformismo legal

La primera categoría de las críticas cuestiona la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y universal. Acepta la noción de que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, las reformadoras feministas denuncian que las leyes que niegan derechos a las mujeres —o que de alguna manera lesionan a las mujeres— son irracionales, subjetivas y no universales. Ésta ha sido la estrategia feminista legal más importante, y es el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Incluye un amplio espectro de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que —para ser “verdaderamente neutral”— el derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elaborar normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad. Cada uno de estos argumentos identifica un aspecto diferente del derecho y denuncia su fracaso en el intento de ser racional, objetivo y universal.

Denuncia de los casos de denegación de la igualdad formal. Durante muchos años, las feministas se han quejado de que el derecho establece distinciones irracionales entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas críticas, el derecho debería ser racional y objetivo, y para ello debería tratar a las mujeres de la misma forma como trata a los hombres. Este argumento ha sido a menudo exitoso: los jueces han declarado, por ejemplo, la inconstitucionalidad de leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres, o que establecían que los padres debían mantener a sus hijas hasta una edad menor que a sus hijos, o bien de leyes que fijaban diferentes

edades –según se tratara de hombres y mujeres– para autorizar la compra de bebidas alcohólicas, etcétera¹².

Las feministas también han sostenido con éxito que las leyes deberían prohibir a empleadores, escuelas y otros importantes actores sociales discriminar a las mujeres. Estas leyes han sido sancionadas y se han generalizado en parte por la insistencia feminista en que el derecho trate con igualdad jurídica formal a hombres y mujeres –que el derecho sea realmente racional, objetivo y universal–.

Denuncia de los casos de denegación de la igualdad sustancial. Para alcanzar como resultado una igualdad sustancial, puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal. En este sentido, en algunos casos habrá conflicto entre las feministas que buscan la igualdad formal –“tratamiento igualitario”– y aquellas que demandan la igualdad sustancial, a veces a través de un “tratamiento especial”. El debate entre “tratamiento igualitario” versus “tratamiento especial” tiene lugar *dentro* de esta misma amplia categoría de crítica legal. Ambas posiciones coincidieron en que el derecho debe ser más racional, objetivo y universal, sólo que no coinciden sobre el resultado particular al que deben traducirse estos rasgos en un caso concreto. Las feministas que abogan por el “tratamiento especial” reclaman un resultado verdaderamente neutro y denuncian la falsedad de ciertas instancias de la igualdad formal, calificándolas de “seudoneutralidad”¹³.

Denuncias sobre la existencia de modelos “asimilacionistas” o “masculinos”. Otra de las bases de la crítica feminista destinada a demostrar que el derecho no es verdaderamente racional, objetivo y universal es que en la actualidad la igualdad se juzga comparando a las mujeres con los hombres. Para fundar una demanda por discriminación, una mujer tiene que demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Esto significa que las normas sobre discriminación sexual operan sobre un modelo

12. Véase *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Craig versus Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

13. Véase F. Olsen, “From False Paternalism to False Equality: Judicial Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-1895”, *Michigan Law Review*, 84, pp. 1518-1520, 1541 (1986).

“asimilacionista” o “masculino”¹⁴. Las normas sobre discriminación sexual sólo sirven para permitir que aquellas mujeres que eligen actuar como lo hacen los hombres reciban las mismas recompensas que reciben los hombres —es decir, facilitan la primera estrategia feminista, la que rechaza la sexualización de los dualismos—. Cuando el derecho elige apoyar esta estrategia feminista en lugar de otra, no es racional y objetivo. Las normas antidiscriminatorias podrían requerir, por ejemplo, que el trabajo sea estructurado de manera tal que los trabajadores puedan dedicar períodos significativos de tiempo al cuidado de sus hijos sin perjudicar sus ingresos o carreras, o podría requerir la noción de “valor comparable”, es decir, que los trabajos—incluido el cuidado de los hijos— sean remunerados de acuerdo con la habilidad y responsabilidad que suponen¹⁵.

Denuncia de la exclusión del derecho de la esfera doméstica. Las feministas señalan que el derecho “ha estado claramente ausente de la esfera doméstica”¹⁶, y que esto ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres. En un nivel práctico, deja a las esposas sin defensa frente a la dominación de sus maridos y, en un nivel ideológico, “desvaloriza a las mujeres y sus funciones”. Las actividades importantes de nuestra sociedad son reguladas por el derecho, y cuando éste mantiene una postura o posición de “no intervención”, esto implica que “las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal”. El aislamiento de la esfera de las mujeres transmite un mensaje importante: “En nuestra sociedad, el derecho es para los negocios y otros asuntos importantes. El hecho de que el derecho en general tenga tan poca conexión con las preocupaciones cotidianas de la mujer refleja y subraya su insignificancia”. De esta forma, una vez más el derecho fracasa en su intención de ser verdaderamente racional, objetivo y universal.

14. Véase C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, Yale University Press, 1979), pp. 144-146.

15. Véase M. J. Frug, “Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers” (en *Boston University Law Review*, 55, 1979).

16. Véase Taub y Schneider, “Women’s Subordination and the Role of Law”, en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), p. 151; Kathryn Powers, “Sex, Segregation, and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law” (en *Wisconsin Law Review*, 55, 1979).

Debería hacerse una distinción entre esta descripción de parte de la ideología y el cuadro más complejo de ideas y de la realidad. La historia de las políticas de *laissez-faire* en relación con la vida doméstica es considerablemente más compleja de lo que esta descripción sugiere. El derecho ha regulado la vida familiar durante siglos, directa e indirectamente. Las normas han reforzado también la dicotomía entre el hogar “privado” y el mercado “público”, y lo han hecho de manera particularmente destructiva para las mujeres¹⁷.

3.2. El derecho como orden patriarcal

La segunda categoría de las críticas feministas del derecho acepta la afirmación descriptiva de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, pero rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc. Estas feministas identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina, caracterizan lo racional, objetivo, etc., como “patriarcal”, y acusan al derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dicen que el sistema legal tiene una “masculinidad penetrante”. “Toda la estructura del derecho –su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores– lo define como una institución fundamentalmente patriarcal”¹⁸.

Janet Rifkin afirmó que el derecho es un “paradigma de masculinidad” y “el símbolo fundamental de la autoridad masculina en la sociedad patriarcal”¹⁹. Catherine MacKinnon coincide con la idea de que el derecho es masculino. La objetividad es una norma masculina, además de constituir la imagen que el derecho proyecta de sí mismo. Por esta razón, el derecho “no sólo refleja una sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres sino que las dominan de modo masculino”²⁰.

17 Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1501-1507; F. Olsen, “The Myth of State Intervention in the Family” (en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18, p. 835, 1985).

18 D. Polan, “Toward a Theory of Law and Patriarchy”, en D. Kairys (ed.), *The Politics of Law*, 1ª ed. (Nueva York, Pantheon Books, 1982), pp. 294, 300, 302.

19 J. Rifkin, “Toward a Theory of Law and Patriarchy” (en *Harvard Women’s Law Journal*, 3, 1980, pp. 83, 84, 87, 88, 92).

20 C. MacKinnon, “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence” (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VIII, 1983), pp. 635 y 645.

Esta concepción del derecho conduce a una visión mucho menos optimista sobre las posibilidades de reforma legal. MacKinnon escribe que “el derecho refuerza más las distribuciones de poder existentes cuanto más cercanamente se adhiere a su propio ideal supremo de justicia”. Diane Polan advierte que en la medida en que las mujeres articulen su pensamiento en términos de “igualdad de derechos” e “igualdad de oportunidades” y limiten su lucha al litigio judicial y al *lobby*, otorgan aprobación tácita al orden social existente y “abandonan la batalla” por lograr más desafíos radicales a la sociedad. El litigio judicial y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivos, afirma Polan, “cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios”. Rifkin va más allá en la cuestión. Sostiene que el litigio judicial “no puede conducir a cambios sociales porque, al sostener y confiar en el paradigma del derecho, el paradigma patriarcal se mantiene y se refuerza”. Para eliminar el patriarcado, es necesario “desafiar y transformar” el “paradigma del poder masculino en el derecho”.

3.3. Teoría jurídica crítica

La tercera categoría de las críticas feministas del derecho rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc., y niega que aquél sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y universal. Las feministas que adhieren a esta tercera categoría –denominada “teoría jurídica crítica feminista”– están en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con las dos primeras categorías de críticas.

Estas feministas no menosprecian los beneficios obtenidos a través de reformas legales feministas en nombre de los derechos de las mujeres, pero resultan poco convencidas por la creencia de que la teoría jurídica abstracta cumple algún rol en la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas.

De igual modo, las feministas que adhieren a la teoría jurídica crítica coinciden con las feministas que definen el derecho como “patriarcal” en la afirmación de que el derecho es con frecuencia opresivo para las mujeres. Sin embargo, están en desacuerdo en que el derecho sea masculino: el derecho no tiene una esencia o naturaleza inmutable, es una forma de actividad humana,

una práctica llevada a cabo por gente. Las personas que lo practican son predominantemente hombres, y muchos de ellos ofrecen descripciones sobre su actividad que no son ni podrían ser verdaderas. Si bien es verdad que el derecho ha sido dominado por los hombres, los rasgos asociados a las mujeres sólo han sido oscurecidos, no eliminados. El derecho no es masculino. El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal.

El derecho en conjunto no se corresponde completamente con ninguno de los lados de los dualismos. El derecho no es universal, racional y objetivo y, conforme a lo que creemos, jamás podrá serlo.

La afirmación de que el derecho es universal se basa en la creencia de que consiste en unas pocas normas o principios generales, y que éstos proporcionan fundamentos básicos para resolver casos particulares. Pero en lugar de esto, el derecho está en realidad formado por la acumulación de gran cantidad de normas específicas y algunos principios muy generales. Las normas son demasiado específicas, precisas y contextuales para considerarlas universales. La existencia de estas normas es lo que da al derecho el grado de “predecibilidad” que posee, pero son demasiado particulares: cada norma cubre muy pocos casos para hacer que el derecho sea *universal*. Por ejemplo, en la actualidad hay una norma que establece que los Estados pueden sancionar leyes sobre estupro diferenciadas según el género o el sexo para reducir la incidencia de los embarazos de las adolescentes, y hay otra norma que establece que la emancipación por mayoría de edad no puede estar basada en el género o en el sexo. En el caso “Michael M. versus Sonoma County”²¹, la Corte Suprema [de Estados Unidos] aceptó la validez de una norma sobre estupro que establecía diferencias según el sexo que, de acuerdo con la Corte Suprema de California, fue sancionada para reducir la incidencia de embarazos de adolescentes. En el caso “Stanton versus Stanton”²², la Corte Suprema declaró que una ley del Estado de Utah —que establecía que el padre debía mantener a su hijo hasta los veintiún años pero podía dejar de mantener a su hija a los dieciocho años— era inconstitucional. Lo que quiero decir no es que estas dos normas estén en conflicto ni que las soluciones de los casos no puedan conciliarse. Más bien, cada una de ellas se aplica a muy pocas circunstancias

21 450 U.S. 464 (1981).

22 421 U.S. 7 (1975).

para proporcionar una respuesta universal a la cuestión de cuándo pueden los Estados sancionar leyes basadas en el género.

Los principios o estándares, por otra parte, son demasiado vagos e indeterminados para resolver casos. En cualquier caso interesante que se disputa pueden encontrarse al menos dos principios amplios y generales, diferentes entre sí, que podrían aplicarse y conducir a resultados distintos. Por ejemplo, el principio de “no intervención” en la familia a menudo ofrecerá un resultado, mientras que el principio de protección de los menores ofrecerá el resultado opuesto. Así como las normas se aplican a muy pocos casos, los principios se aplican a demasiados. El sistema legal fluctúa en su fundamento entre normas y principios, pero su aspiración de ser universal jamás se ha concretado. El derecho no es más abstracto y universal que personalizado y contextual.

El derecho tampoco es racional. Los esfuerzos de las feministas por desarrollar una elaboración racional de derechos igualitarios para los seres humanos destinada a lograr derechos para las mujeres no han funcionado y no funcionarán. Los conflictos clásicos entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados, entre derechos naturales y derechos positivos y entre “derechos considerados como garantía de seguridad” y “derechos considerados como garantía de libertad” transforman el análisis jurídico en un instrumento incapaz de resolver ningún conflicto significativo²³. Más específicamente, si una solución protege la libertad de acción del actor, el resultado opuesto protege la seguridad del demandado. Si una solución protege la igualdad formal de tratamiento de la mujer, su derecho a la igualdad sustancial requeriría un resultado diferente. Ésta es la razón por la cual, por ejemplo, las feministas se dividen en posiciones opuestas en el caso “California Federal versus Guerra”²⁴. Algunas feministas afirman que la igualdad formal requiere que el derecho trate el embarazo del mismo modo que a cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras feministas sostienen que la igualdad sustancial requiere que las mujeres puedan dar nacimiento a sus hijos sin perder sus

23. Véase F. Olsen, “Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis” (en *Texas Law Review*, 63, 391, 1984); J. Singer, “The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld” (en *Wisconsin Law Review*, 975, 1982); D. Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries” (*Buffalo Law Review*, 205, 1979); O. W. Holmes, “Privilege, Malice, and Intent” (en *Harvard Law Review*, 1, 1894).

24. 107 S.Ct. 683 (1987).

trabajos –aunque no se justificara ninguna otra ausencia temporal en el trabajo–. En consecuencia, algunas feministas afirman que las mujeres deberían insistir sobre la igualdad formal y rechazar cualquier forma de licencia especial por maternidad; mientras que otras feministas argumentan que las mujeres que trabajan necesitan una adecuada licencia por maternidad, aunque no se otorgue ninguna licencia similar a los hombres o a otras personas que no están embarazadas. El derecho no proporciona ningún fundamento *racional* para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular. El análisis jurídico no puede resolver estos conflictos y no hace más que re-expresarlos en forma distinta y, en todo caso, más oscura.

Finalmente, el derecho no es objetivo. La idea de que el derecho es objetivo es refutada por el gradual reconocimiento de que las cuestiones políticas aparecen en todas partes. Cada vez que se hace una elección, cada decisión legal, que no sea tan obvia o tan simple que no genere controversia, se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas. En este sentido, es simplemente un error decir que el derecho es o podría ser racional, universal y objetivo. El derecho no coincide con un único lado de los dualismos.

Algunas veces la teoría legal dominante reconoce que el derecho no es universal, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce los comúnmente llamados “rasgos femeninos” –y de hecho los celebra– pero sólo en la periferia o en su propia “esfera separada”. Por ejemplo, el derecho de familia puede ser subjetivo, con textual y personalizado, pero se supone que el derecho comercial es universal, racional y objetivo. Igualmente, se supone que los principios generales del derecho son universales, racionales y objetivos, aunque puede haber excepciones minoritarias y doctrinas que permitan alguna influencia de lo subjetivo, concreto y particular. Para las feministas es importante corregir esta percepción equívoca, disolver los guetos del derecho y mostrar que no se puede excluir lo particular, irracional y subjetivo de ningún ámbito del derecho.

Una forma a través de la cual la ideología dominante hace que el derecho aparezca como universal, racional y objetivo es expulsando hacia la periferia del derecho aquellas áreas supuestamente teñidas por principios inasibles y discrecionales –áreas como el derecho de familia, las normas que rigen las relaciones entre administrador de una herencia y beneficiario y en general las relaciones entre representante y representado–. Se presentan los problemas centrales y las áreas más importantes del derecho como universales, racionales

y objetivos. Podemos mostrar, sin embargo, que aunque se las deje de lado, áreas tales como el derecho de familia o las normas sobre administración de bienes ajenos, representación y mandato, influyen sobre el resto del derecho, incluyendo aquellos ámbitos que se suponía eran el bastión de lo que se conoce como “principios masculinos del derecho”. Por ejemplo, la ideología del mercado depende de la ideología de la familia, y el derecho comercial sólo puede entenderse adecuadamente si se reconoce la interrelación entre éste y el derecho de familia²⁵.

Otra técnica por la cual la ideología dominante hace aparecer el derecho como universal, racional y objetivo es separando cada área entre, por un lado, una serie de normas básicas o un “centro” masculino que sería universal, racional y objetivo y, por otro lado, una periferia de excepciones, que pueden contener elementos irracionales y subjetivos. Por ejemplo, el derecho contractual es atemperado por excepciones subjetivas, variables o altruistas, como los principios sobre responsabilidad precontractual. El núcleo básico del derecho contractual –se dice– sigue siendo universal, racional y objetivo. Las feministas pueden romper con esta imagen al mostrar que el conflicto entre la “norma” individualista y la “excepción” altruista reaparece con cada doctrina. Cada doctrina es una elección o un compromiso entre clases de impulsos individualistas o altruistas. Este análisis feminista también problematiza sobre cuál debe ser la regla y cuál la excepción. No es posible separar las áreas del derecho entre un centro y una periferia: los rasgos asociados con la mujer no pueden ser excluidos del derecho²⁶.

IV. Conclusión

Como he dicho, las estrategias feministas para poner en cuestión la teoría jurídica son análogas a las estrategias feministas para poner en cuestión el

25. Véase F. Olsen, ob. cit.; ver también D. Kennedy, “The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum” (en *Seton Hall Law Review*, 1, 1983); D. Kennedy, “The Rise and Fall of Classical Legal Thought” (mimeo, 1975).
26. Véase M. J. Frug, “Rereading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook” (en *American University Law Review*, 1065, 1985); C. Dalton, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine” (en *Yale Law Journal*, 997, 1985); D. Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication” (en *Harvard Law Review*, 89, 1685, 1976); R. Unger, “The Critical Legal Studies Movement” (en *Harvard Law Review*, 96, 561, pp. 618-648, 1983).

dominio masculino en general. La postura que rechaza la “sexualización” tiene repercusiones sobre la postura que defiende la “reforma legal”, la que rechaza la jerarquización con la del “derecho como patriarcado”, y la postura de la “androginia” coincide con la “teoría jurídica crítica”. Pero no pretendo decir que la relación sea algo más que eso —una analogía o un eco—. Las series de categorías no son idénticas, y ninguna estrategia de uno de los conjuntos requiere o conlleva necesariamente estrategias del otro conjunto.

Primero, no existe relación necesaria entre la actitud de una persona con relación a la sexualización de los dualismos y su actitud frente a la identificación del derecho con lo racional, objetivo y universal. Además, alguien puede aceptar la jerarquización para algunos propósitos determinados —por ejemplo, podría creer que es mejor para el derecho ser racional, objetivo y universal— y sin embargo rechazar la jerarquización en general. Algunas feministas están de acuerdo con la “androginia” pero igualmente sostienen que el derecho es patriarcal. De igual manera, uno puede apoyar la teoría jurídica crítica feminista y aun creer tanto que las mujeres son inherente o racionalmente superiores a los hombres (segunda estrategia feminista) como que las mujeres deberían esforzarse por ser racionales, activas y demás (primera estrategia feminista).

Mi apoyo a la posición “andrógina” no requeriría necesariamente mi apoyo a la teoría jurídica crítica —y viceversa—, pero ambas están relacionadas con mis valores y visión del universo y ambas dan forma a mi actividad política. Nada en ninguna de estas teorías aportará respuestas fáciles a preguntas concretas tales como “¿se beneficiarían las mujeres realmente con más intervención estatal en el derecho de familia?” o “¿podrían las normas sobre violación proteger a las mujeres adolescentes sin oprimirlas ni degradarlas?”. Lo que espero es que, mejorando las teorías sobre las que operamos, podamos comprender mejor lo que está en juego en cuestiones como éstas. Deseo que, al reconocer la imposibilidad de respuestas fáciles y lógicas, podamos liberarnos para pensar sobre estas cuestiones de una manera más constructiva e imaginativa. Es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social.

Cuestiones acerca de mujeres y derecho*

Alicia E. C. Ruiz

Sumario

I. Presupuestos epistemológicos. II. El problema del acceso a la justicia. III. Saber y poder. Las escuelas de derecho.

El título de este trabajo arrastra una cierta generalización por lo que intentaré circunscribir el campo de mis apuntes.

Las reflexiones que siguen están pensadas desde mi doble condición de profesora de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA y de jueza. Expresan algunas de las preocupaciones que son propias del pensamiento crítico que sustento y la carga inseparable de angustias que esta visión provoca.

No dudo en cuanto a que es el compromiso teórico que asumiera hace ya mucho tiempo, y no mi condición de mujer el que ha definido de manera decisiva el modo en que elegí cumplir la función judicial y desempeñarme como docente. Sin embargo, no se me escapa que los silencios, lo excluido, lo no dicho, aquello de lo que no se habla es siempre mucho más revelador

* Una primera y más breve versión de este texto fue presentada en el Seminario Internacional sobre las Mujeres en las Profesiones Jurídicas, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA en abril de 2007.

del sentido de un discurso que lo que está expresamente puesto, escrito, destacado. De ahí que haya preferido escribir acerca de las mujeres en relación con el problema del acceso a la justicia y con los efectos de la formación que proveen las escuelas de derecho.

I. Presupuestos epistemológicos

Para una teoría crítica el derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuando una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta.

El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción - y no por azar-. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios, es parte de la cultura, es contingente y cambiante. Es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades y sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo lo que incluye en su texto bajo determinadas formas. El derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Como hay historia en el derecho, el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza modificándolas las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura.

Todo discurso, entre ellos el derecho, es una modalidad específica del poder, un conjunto de cadenas convergentes y complejas cuyos efectos son vectores de poder. Por esa razón “...ciertas cadenas reiterativas de producción discursiva apenas son legibles como reiteraciones, pues los efectos que han materializado son tales que sin ellos no es posible seguir ninguna orientación en el discurso”¹.

1 Butler, Judith, “Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del ‘sexo’”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

El derecho configura la subjetividad y las identidades y por esa vía consagra o denuncia formas de discriminación, interviene en los espacios de conflicto que se generan a partir de esas configuraciones y en las inevitables secuelas individuales y sociales que provocan. Reconocer a alguien como “sujeto de derecho”, ressignifica el discurso acerca de ese alguien. La operatividad de ese reconocimiento implica una intervención en el mundo simbólico, con consecuencias tremendamente reales.

La organización del discurso jurídico depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos, formas de distribución del poder social, pero su estructura impide advertir esta interrelación.

El discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social, se instala como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Es un discurso que aparece como ordenado, coherente y racional, cuya regla básica de formación es aquella que determina quiénes “están autorizados” para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa “autorización” se plantea en términos de doble ficción: como si siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso y como si su efecto significante fuera únicamente producir normas. Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera desplazamiento.

Un “dibujo” de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, otro nivel de prácticas teóricas y profesionales y un tercer nivel que aloja la porción más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social.”... el derecho... construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen {como} real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en “error de derecho”. Juzgar como si... nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad; como si... la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorpren-

dente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados”².

II. El problema del acceso a la justicia

Precisado el marco conceptual que sostiene mis argumentos, quiero discutir cuáles son los factores que en una sociedad fragmentada, limitan u obstaculizan los reclamos por la efectividad de los derechos para muchos individuos, entre los que se cuentan numerosas mujeres.

Las dificultades de acceso a la justicia remiten, al menos de uno de sus ángulos, a las responsabilidades que las mujeres que somos operadoras jurídicas tenemos en la profundización de las exclusiones que nos rodean, que impiden que tantas otras mujeres puedan exigir aquello que creen que les corresponde en derecho, y de lo que carecen en razón de su inserción social, su falta de recursos, su religión, su raza, las opciones sexuales que han escogido.

No me ocupo en este análisis de cuántas mujeres acceden al poder judicial, ni que porcentaje de ellas alcanzan los más elevados cargos de la magistratura, o cuán injusto puede ser que menos mujeres que hombres asciendan a los niveles superiores en grandes estudios jurídicos. Estos temas no hacen al acceso a la justicia. Más bien solo refieren a la situación de mujeres que, en países como los de América Latina, pertenecen a sectores privilegiados.

Quiero enfatizar que la lucha por el acceso a la justicia es un compromiso y un deber para mujeres como nosotras no porque representemos a “todas las mujeres” (ni porque estemos en mejores condiciones de hablar en nombre de todas y menos aún de sustituirlas en sus decisiones) sino porque somos poseedoras de un saber peculiar y complejo, que naturaliza el mundo social, disciplina las conciencias y los cuerpos (si es que aún podemos sostener esta distinción) y es paradigmáticamente el discurso del poder.

2 Ruíz, Alicia E. C.: “La ilusión de lo jurídico” Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991.

III. Saber y poder. Las escuelas de derecho

Ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder, y que marca simbólicamente pero con efectos terriblemente reales la distinción entre existir o no existir como sujeto.

Una existencia que nada tiene que ver con nuestras condiciones “naturales”. Como dice Haraway, “La raza y el sexo, como individuos, son artefactos sostenidos o dejados caer por el nexo discursivo del conocimiento y del poder. Cualquier objeto o cualquier persona puede ser razonablemente pensado en términos de montaje y de desmontaje. No hay arquitecturas <<naturales>> que limiten el sistema del diseño. No obstante, el diseño está muy limitado. Lo que pasa por una <<unidad>>, un <<uno>>, resulta muy problemático, no es algo permanentemente dado. La individualidad es un problema de defensa estratégica”³.

Es desde esta concepción de la relación entre el saber jurídico y el poder, desde donde me interesa considerar el papel de la enseñanza en las escuelas de derecho –espacio en el que numerosas mujeres desarrollan en número importante de sus actividades–.

He aquí una cuestión ineludible por sus costados político/ ideológicos y teóricos. No se trata de lamentar que una facultad de derecho no dedique un mayor espacio de su *currículum* a los problemas de “género” sino de preguntarnos desde qué perspectivas y de un modo no superficial habría que preocuparse de los problemas de las mujeres en el ámbito de la enseñanza jurídica.

No alcanza para ello con enunciar las nuevas temáticas que se abordan desde ciertas ramas de la dogmática jurídica. El problema es otro, es mucho más complejo y trataré de formularlo con claridad.

Quiero decir: cuáles son los puntos de partida epistemológicos desde donde se habla, cuánto de lo que parece nuevo no es sino una más sutil reiteración de aquellos presupuestos que sostienen y justifican posiciones de sujeto, diferencias sexuales, criterios de normalidad y anormalidad, aceptación acrítica de postulados provenientes de otras disciplinas (vg. La medicina, la

3 Haraway, Donna J. “Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza”, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1991.

psiquiatría, la genética) presentadas como si fueran la expresión de una verdad jurídica universal, ahistórica y absoluta. No se trata, pues, de hablar o de enseñar el “género” sino de cómo hablamos y de qué hablamos cuando hablamos de género.

Aquí es pertinente introducir la/las cuestiones teóricas y políticas que giran en derredor de la noción de género. Para hacerlo cito a Paula Viturro, una colega que desarrolla su actividad teórica y militante en el campo del feminismo.

“...-circula insistentemente por los ámbitos jurídicos una expresión –‘perspectiva de género’– cuya significación epistemológica e implicancias políticas suele ser soslayada.

‘Tal vez ello se deba a que se trata de una frase respecto de la cual, cualquier persona del ámbito jurídico cree tener por lo menos alguna vaga idea o intuición acerca de lo que su uso parece implicar: el reconocimiento de la Mujer, las mujeres, las mujeres feministas, el Feminismo, los feminismos, la diferencia sexual...

‘Al parecer, también es extendida la creencia según la cual cualquier política pública, sentencia judicial, publicación doctrinaria, congreso, conferencia, o diseño curricular –por citar solo algunos ejemplos–, que hoy en día aspire a un lugar entre las producciones progresistas de la cultura jurídica, debe tener la precaución de incorporarla. Es por lo tanto una expresión que prima facie parece contar con una carga valorativa favorable aunque más no sea en el registro de lo políticamente correcto.

‘Sin embargo, y no obstante el halo de autoevidencia que parece rodear a la frase ‘perspectiva de género’, cualquiera que se inicie en las discusiones teórico políticas respecto del concepto de género, rápidamente advertirá que se trata de una expresión resbaladiza que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer.

‘Si treinta años atrás la discriminación por género podía tal vez ingenuamente remitir a la discriminación de ‘las mujeres’, hoy en día dicha asociación tácita sólo se sostiene por la persistente invisibilización de la violencia que implica el presupuesto normativo según el cual, el género no sería más que

los atributos culturales asociados a los sexos. Así, al asumir como fundamento de la representación una definición de género que deja en suspenso preguntas referidas a cómo se asignan los sexos, instauramos la diferencia sexual como un dato natural irreductible y excluido del debate en torno de los valores y la justicia.

‘Dicho en otras palabras, la consecuencia de establecer como base de un reclamo legal un concepto de género que no cuestiona la distinción naturaleza/cultura, es la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo ese esquema. Los cuerpos no son el último reducto de la naturaleza sino ‘pantallas en las que vemos proyectados los acuerdos momentáneos que emergen tras luchas incesantes en torno a creencias y prácticas dentro de las comunidades académicas’⁴.

‘Nuestra tesis es que la forma en la que se disciplinan en el ámbito jurídico, los saberes referidos al vasto campo de lo que hasta el momento -en un gesto de simplificación- hemos denominado género, tiende a la instauración de un canon que incorpora ciertos saberes a costa de la negación de otros que quienes nos comprometemos con la educación antidiscriminatoria debemos resistir’⁵.

Es necesario, entonces incorporar a las herramientas de las que disponen los operadores jurídicos, la comprensión de que categorías como “mujer, “sexo” y género” carecen de una significación unívoca. En sus múltiples usos, ellas expresan concepciones teóricas bien diferenciadas y a veces francamente antagónicas.

El discurso jurídico, en muchas ocasiones consolida los sentidos que expresan de manera más dura y menos perceptible la “naturalización” de ciertas formas de reconocimiento o de discriminación, que cristalizan situaciones establecidas e impiden su transformación.

4 Sandy Stone, “El imperio contraataca. Un manifiesto postransexual”, en *Serías para el debate*, Lima, Campaña por la Convención de los Derechos sexuales y los Derechos Reproductivos ed., nro 3, noviembre de 2004, p. 28.

5 Las citas pertenecen a Paula Viturro, “Constancias”, en *Revista Academia*, Año 3, N°6, Primavera 2005.

Llegados a este punto queda claro por qué elegí como ejes para encarar cuestiones de mujeres y derecho, el acceso a la justicia y el equívoco desde el cual los ámbitos de educación jurídica encaran el problema del género. Las versiones más difundidas de ambos temas soslayan –conciente o inconcientemente– cuáles son los presupuestos epistemológicos que las sustentan. Y si el debate imprescindible a ese nivel no se provoca, si nuevas voces y propuestas no confrontan en la teoría y en las prácticas, difícilmente haya espacio para que las cosas cambien.

No estoy sugiriendo que hay que abandonar términos como mujer, sexo o género, sino entender de qué hablamos cuando los incluimos en nuestro decir cotidiano o profesional. Advertir que cada uno expresa un espacio de lucha permanentemente en transformación, lo que hace que esas categorías estén abiertas, no constituyan descripciones y sean políticamente significativas.

En fin y para concluir vuelvo a Butler: “...es necesario aprender un movimiento doble: invocar la categoría e instituir así, provisoriamente, una identidad y, al mismo tiempo, abrir la categoría como un sitio de permanente oposición política. Que el término sea cuestionable no significa que no debamos usarlo, pero la necesidad de usarlo tampoco significa que no debamos cuestionar permanentemente las exclusiones mediante las cuales se aplica y que no tengamos que hacerlo precisamente para poder aprender a vivir la contingencia del significante político en una cultura de oposición democrática”⁶.

6 Butler, Judith, “Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del ‘sexo’”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

Género y derechos humanos*

Judith Salgado

Sumario

I. El género como categoría de análisis. II. La relación entre derechos humanos y género. III. Bibliografía.

I. El género como categoría de análisis

Empiezo con una afirmación que aunque para muchos sea obvia, me parece necesaria por las reiteradas confusiones en el uso de este término. El género no es sinónimo de mujer. Saldado este punto me parece importante visualizar la trayectoria recorrida por el concepto de género.

El primer antecedente del significado de género, aunque no haya sido nombrado como tal, lo encontramos en 1949 cuando Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* afirma “No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres”. Esta aseveración implica reconocer que el significado de ser mujer se construye socialmente, que no existen características y atributos *naturalmente femeninos* y que la diferencia sexual (anatómica y genital) era un dato sobre el cual se inscribían una serie de representaciones, ideas, imposiciones, nor-

* Judith Salgado, “Género y derechos humanos”, en Foro Revista de Derecho, No. 5, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp.163-173.

mas y valores que daban contenido al significado de ser mujer. Esto supone que el significado de ser hombre también se construye socialmente.

Es en 1968 cuando Robert Stoller establece la diferencia conceptual entre sexo y género, el primero como un hecho biológico y el segundo como los significados que cada sociedad le atribuye a ese hecho. En efecto, él realiza una investigación con niños y niñas que por problemas anatómicos fueron educados como si pertenecieran al sexo fisiológicamente opuesto y pudo constatar que aunque luego ellos o ellas conocieran que sufrían una mutilación accidental o una malformación anatómica, mantenían el comportamiento del sexo en que habían sido educados¹.

En los setenta varias autoras feministas² profundizan la reflexión respecto la diferencia entre sexo y género, insistiendo en que el género es el resultado de construcciones sociales de acuerdo a cada época y lugar que dan significado a la diferencia sexual. Un aporte fundamental de este momento fue quitarle el calificativo de natural y por lo mismo inmutable al ser mujer y ser hombre. Si el género es construido socialmente es sin duda susceptible de ser transformado.

Durante siglos se explicó la desigualdad y subordinación de las mujeres como un producto lógico de su supuesta naturaleza, *irracional, débil y dependiente*. La categoría de género permite desarmar la naturalización de la opresión, basada en hechos biológicos (diferencia genital) que son proyectados en desigualdades sociales.

Ahora bien, a partir de los ochenta el concepto de género incorpora nuevos elementos que muestran su complejidad. Así por ejemplo, Joan Scott propone una definición muy interesante cuyo núcleo reposa en la conexión integral de dos proposiciones, “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder.” Respecto a la primera proposición el género comprende cuatro elementos interrelacionados entre sí, simbólico (representaciones múltiples y a veces contradicto-

1 Enrique Gomáriz, “Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas” en *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio*, Regina Rodríguez (ed.), Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992, p. 84.

2 Gayle Rubin y Linda Nicholson son mencionadas por Linda Mc Dowell, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 30-31.

rias, por ejemplo las figuras de Eva y María); normativo (expresa interpretaciones de los símbolos basados en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que afirman categóricamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino); institucional (referido a la familia, relaciones de parentesco, mercado de trabajo, educación, política) y subjetivo (referido a la construcción de las identidades). En cuanto a la segunda proposición la autora afirma que “el género constituye el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el género el único campo, pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental, judeocristiana e islámica”³.

Siguiendo la propuesta de Scott, busquemos ejemplos que nos permitan entender de mejor manera el concepto de género planteado por esta autora. En cuanto al **elemento simbólico** la imagen ya sea de María o Eva es sin duda ilustrativa de cómo lo simbólico incide en nuestras concepciones sobre lo que significa ser mujer. Así de una parte María representa la maternidad, la pureza, la virginidad, la entrega incondicional. Esta es la faz más sacralizada y celebrada del ser mujer. De otra parte Eva representa la seducción, la tentación, la caída del hombre. Esta es la faz cuestionada, censurada y también temida del ser mujer.

Habría que escudriñar elementos simbólicos que han contribuido a construir el significado de ser hombre. En todo caso recordemos que en general en la tradición cristiana Dios ha sido asociado con el padre, el hijo, en todo caso con referentes masculinos⁴.

Para ilustrar la influencia del **elemento normativo** he escogido dos ejemplos. Uno en el ámbito educativo y otro en el jurídico. Así, a pesar de que vivimos tiempos de cambio, todavía en muchas escuelas los llamados talleres culturales se dividen aún por actividades propias para varones (mecánica, electricidad, carpintería) y propias para mujeres (costura, cocina, primeros auxilios). Esta interpretación de lo que es apropiado para cada sexo reproduce las ideas de profesiones más adecuadas para mujeres o para hombres que

3 Joan W. Scott, “El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp.289-292.

4 Debo esta asociación a mis estudiantes de la Especialización Superior en Derechos Humanos, UASB, 2006.

luego influyen en la elección que se hace. Por ejemplo, todavía la enfermería es un ámbito profesional mayoritariamente femenino y la mecánica un ámbito mayoritariamente masculino.

Al analizar la normativa de centros penitenciarios en Argentina con relación a las visitas íntimas un equipo de investigadoras evidenció que el ejercicio de este derecho era diferenciado en el caso de hombres y mujeres. Así los varones tenían derecho a la visita íntima una vez a la semana, las mujeres una vez por mes; los varones tenían una celda especial para el efecto, las mujeres debían trasladarse a la cárcel de varones; los varones podían utilizar la visita íntima con quien quisieran incluso contratando trabajadoras sexuales, las mujeres sólo podían utilizar la visita íntima con su marido o conviviente (registrado en su expediente); la visita íntima era concebida, por algunos profesionales del sistema penitenciario, como higiénica en el caso de los varones y viciosa en el caso de las mujeres⁵. Obviamente, detrás de la normativa están concepciones de lo que es adecuado para hombres y para mujeres y estas se reproducen y ratifican a su vez a través de las normas.

Con relación al **elemento institucional**, tomo un ejemplo relacionado con el mercado de trabajo que instruye sobre la construcción de relaciones sociales basadas en la diferencia asignada a los sexos que deriva en desigualdad y subordinación. En la región andina, entre 2000-2003 las mujeres percibieron por el mismo trabajo y teniendo similares niveles de calificación un promedio de 69.7% del sueldo que recibieron los varones. En el ámbito político, por ejemplo, si tomamos el período 2000-2004 el promedio de representación de varones congresistas en los países andinos corresponde al 86.4%⁶.

Respecto al **elemento subjetivo**, vale la pena preguntarse, ¿cómo construimos nuestra identidad individual? ¿Qué creemos que es adecuado y apropiado como hombres, como mujeres?. ¿Cómo manejamos nuestras relaciones de pareja? ¿Cuánto pesa en la decisión de mujeres, que a pesar de sufrir violencia doméstica mantienen tales relaciones, el hecho de que en nuestra sociedad se valora mucho el tener pareja estable, el status de tener marido, la dependencia afectiva, el deseo sexual? En el caso de los varones, valdría la pena preguntarse, ¿cuánto pesa en la construcción de su identidad individual el que permanentemente deban probar su hombría, el peso de la expectativa

5 Susana Chiarotti, *Aportes al derecho desde la teoría de género*, 2005. www.cladem.org

6 OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos 2005*, p. 8.

familiar y social de ser alguien importante, el rol de proveedor socialmente asignado a él (no ser un “mantenido”), el deber mostrarse siempre fuerte, audaz, conquistador?

En cuanto a la afirmación de que el género es un campo primario de relaciones significantes de poder, Scott plantea algunos ejemplos a través de la historia en los que para legitimar el poder/dominación político se ha echado mano de la distinción femenino/masculino.

Así muchos colonizadores para justificar y legitimar su dominación calificaron a los colonizados como irracionales, débiles, dependientes (características asociadas generalmente con las mujeres y lo femenino).

En el caso del Ecuador, hemos tenido varios ejemplos en los que se asocia el ejercicio del poder político con la virilidad/masculinidad. Jaime Nebot declaró hace algunos años que “para gobernar se requiere tener cerebro, corazón y solvencia testicular”; Abdalá Bucaram para descalificar a Rodrigo Borja dijo que éste tenía el esperma aguado. Estas afirmaciones muestran de qué manera se asume que el ejercicio del poder político está íntimamente vinculado con ser hombre o asumir una actitud masculina “tener bien puestos los pantalones”.

Otros autores como Walby y Connell también complejizan el debate al analizar los llamados regímenes de género. Así por ejemplo Walby plantea la interrelación de seis estructuras que constituirían los regímenes de género y ayudarían a explicar la subordinación y opresión de las mujeres. Así la apropiación del trabajo doméstico por parte de los hombres (el trabajo doméstico ha sido siempre desvalorizado, de hecho muchas amas de casa dicen que “no trabajan” pues no reciben una remuneración; el servicio doméstico es todavía subvalorado, en efecto mientras el salario mínimo vital hasta el 2005 correspondía a USD 170 el de trabajadoras domésticas era de USD 55) la inequidad en el trabajo remunerado (hemos ya visto ejemplos de la brecha salarial); el dominio masculino en las entidades estatales que definen la normativa y las políticas; la violencia machista (en el Ecuador 6 de cada 10 mujeres sufren algún tipo de violencia); el control del cuerpo de las mujeres y su sexualidad (en muchos hospitales aún se exige la autorización del marido para la esterilización femenina); el dominio de los hombres de instituciones culturales (la propiedad de medios de comunicación es mayoritariamente masculina) que refuerzan sus representa-

ciones de las mujeres. También afirma la necesidad de interrelacionar el análisis de género con la clase, la raza, la edad, etc.⁷.

Robert Connell quien incursiona en los estudios sobre la construcción social de la masculinidad plantea también tres estructuras que se interrelacionan para formar los regímenes de género. Así las relaciones de poder en las que se evidencia el dominio masculino y la subordinación de la mujer; las relaciones de producción que definen la acumulación de la riqueza en manos masculinas y la desvalorización del trabajo de las mujeres tanto en los productivo como reproductivo y la *cathexis* (*dependencia emocional*) que se relaciona con el deseo sexual y las relaciones que alrededor de éste se gestan. Este autor pone en evidencia que coexisten regímenes de género dominantes así como regímenes que transgreden los postulados hegemónicos, también señala que no sólo la fuerza y la opresión mantiene tales regímenes sino también la satisfacción que encuentran los sujetos dentro de un régimen determinado⁸.

En los noventa, varias feministas sobretodo negras y lesbianas han asumido la tarea de deconstruir⁹ el concepto de *mujer*, entendido antes como algo estable, para poner sobre el tapete que tal concepto privilegió una mirada desde las mujeres blancas, adultas, profesionales, heterosexuales, con recursos económicos, dejando de lado a todas las otras mujeres. En tal medida esta tendencia ha contribuido a cuestionar la existencia de “la mujer” como categoría homogénea, invariable, constante, inmutable, enfatizando en el carácter relacional, contextual e inestable de toda categoría y también explicitando la matriz heterosexual dominante.

Como hemos visto no existe una única definición de género, sin embargo existen sí varios elementos en los que la mayor parte de autoras/es coinciden:

- No se puede justificar la subordinación, desigualdad y opresión a las mujeres basándola en la diferencia sexual (genital y reproductiva).

7 Mc Dowell, Ob. Cit, p. 33.

8 *Ibid*, pp.36-38.

9 Joan Scott toma la definición de deconstrucción de Jacques Derrida como un análisis contextualizado de la forma en que opera cualquier oposición binaria, invirtiendo y desplazando su construcción jerárquica, en lugar de aceptarla como real o palmaria, o propia de la naturaleza de las cosas. Joan Scott, Ob. Cit., p.286.

- El ser mujer y ser hombre adquiere diversos significados de acuerdo al contexto, lugar, tiempo, a la clase, edad, origen étnico o nacional, y tiene implicaciones en lo político.
- El género es una categoría relacional, busca mirar las relaciones entre hombres y mujeres, entre lo femenino y lo masculino y sus implicaciones en las relaciones de poder que se tejen.
- La categoría de género pone en el centro del debate las relaciones de poder jerarquizadas y asimétricas entre los sexos, la desvalorización e inferiorización de lo femenino frente a lo masculino, el androcentrismo vigente, la dicotomía público/privado.
- La categoría de género permite repensar la organización social, política y cultural, pues toda construcción social por asentada que esté puede ser modificada.

Habiendo delimitado estos puntos comunes, vale la pena analizar de qué manera la categoría de género ha influido en el ámbito de los derechos humanos.

II. La relación entre derechos humanos y género

El debate sobre derechos humanos es fundamentalmente político, porque alude de manera directa al poder y en tal medida la categoría de género nos es de mucha utilidad para una comprensión más integral.

Para este análisis tomo la definición de derechos fundamentales que plantea Pérez Luño.

En su significado objetivo los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes...los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática...En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la

libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder del Estado, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social¹⁰.

Helio Gallardo reconoce el potencial emancipador de la lucha por derechos humanos, asignándole un carácter estratégico revolucionario. Para este autor el fundamento de los derechos humanos no es como lo plantea Norberto Bobbio el consenso logrado entre diversos Estados –expresado en la generalizada adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos–, sino las transferencias de poder –derivadas de la lucha social– entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones; y la introducción material en la noción de humanidad de nuevos actores, sujetos y necesidades humanas. Sostiene que “los derechos fundamentales no se dicen, por tanto de los individuos, sino de las relaciones que estos logran establecer y legitimar mediante sus luchas de liberación”¹¹.

Coincidiendo con Gallardo cabe realizar el enganche entre la lucha de los movimientos feministas por los derechos humanos de las mujeres, especificando las principales críticas y aportes que han retado a la noción de derechos humanos.

Una primera crítica feminista a la visión moderna de los derechos humanos ha sido dirigida contra su androcentrismo demostrando que el supuesto sujeto universal titular de tales derechos en la práctica tenía como sujeto portador al varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y por lo mismo excluía a todo el resto que no calzaba en tal paradigma, convirtiéndose éstos en la práctica en no sujetos. En contraste “la teoría feminista permite considerar a los sujetos en sus contextos y especificidades con sexo, cuerpo, edad, color, raza e insertos en tiempos y lugares particulares”¹².

10 Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 20-22.

11 Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000, pp. 9-15.

12 Lorena Fries, *Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos*, EN: *Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000, p. 49.

Alda Facio enfatiza que:

Cuando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón, o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree que tienen las mujeres. Cuando el hombre es sentido como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan desde la perspectiva masculina únicamente, pero esta no es sentida como una perspectiva masculina sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal, imparcial”¹³.

El androcentrismo del derecho y los derechos humanos se ha manifestado de diversas formas, ya sea en normas que directamente excluyen a la mujer en el ejercicio de derechos, como fue por ejemplo del derecho al sufragio; normas que reconocen privilegios de hombres sobre mujeres, por ejemplo la necesidad de contar con permiso del marido para que la mujer pueda trabajar en el caso de Guatemala; normas aparentemente protectoras de la mujer que en la práctica la discriminan, por ejemplo la prohibición de realizar trabajos nocturnos; el silencio que hasta hace una década mantuvo la normativa respecto a problemas que afectan directamente a las mujeres como la violencia doméstica; normas que penalizan el aborto en toda circunstancia; normas que privilegian la preocupación de hombres de ser acusados falsamente de una violación antes que la protección de víctimas de delitos sexuales, etc.

Una segunda crítica fundamental ha sido el **cuestionamiento a la dicotomía y jerarquización entre el ámbito público (considerado masculino y político) y el ámbito de lo privado (considerado femenino y natural)**.

El imaginario moderno escinde la sociedad en dos ámbitos: la sociedad política (El Estado como expresión de los intereses públicos) y la sociedad civil (ámbito de los intereses particulares). La primera constituye la esfera de lo público, del poder; la segunda la esfera de lo privado, de la libertad. Uno de los principales aportes del feminismo ha sido cuestionar la tajante separación de la esfera de lo público y lo privado en la conformación de los Estados modernos, demostrando de una parte que se trata de una divi-

13 Alda Facio, “El Principio de Igualdad ante la Ley”, en *Derechos Humanos de las Mujeres*, Lima, 1996, p. 82.

sión ficticia pues en la práctica estos espacios se encuentran interconectados, evidenciando que en la esfera de lo privado se ejercen relaciones de poder/dominación que han subordinado de manera particular a las mujeres. Asumir que los espacios privados como la familia, las relaciones de pareja, no estaban atravesadas por relaciones de poder sino que eran los espacios del ejercicio de la libertad que no debía ser perturbada por el Estado trajo como corolario el que se consideren irrelevantes políticamente hablando. Esta es otra ficción ideológica más. De hecho la violencia intrafamiliar una de las formas más sistemáticas de violación de los derechos humanos de las mujeres permaneció hasta hace una década en el silencio, la impunidad y la completa desprotección, por considerarse un asunto privado irrelevante políticamente. Constituye, sin duda un avance, la aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

Indudablemente, la crítica a la dicotomía y jerarquización de lo público y privado está muy vinculada con el propósito de democratizar los espacios cotidianos, considerados usualmente privados/íntimos (las relaciones de pareja, familiares, sociales), desestabilizar las relaciones de poder asimétricas y lograr la “transferencia de poder” tal como lo plantea Helio Gallardo.

Un punto central que cuestiona la dicotomía público/privado es el debate alrededor del cuerpo como territorio de construcción de autonomía. Está en juego el conocimiento, valoración y reapropiación del cuerpo, el cual ha sido históricamente *expropiado* a mujeres, jóvenes, personas LGBT, particularmente.

Una tercera crítica sumamente importante ha sido dirigida a la **noción de igualdad formal**. Precisamente si entendemos que el género es la construcción social de la diferencia sexual y que dicha construcción ha definido relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, la igualdad reconocida en la ley no basta para que en las relaciones sociales concretas podamos efectivamente gozar de igualdad. Esto es válido para otros grupos subalternizados como los indígenas, negros, niños/as, jóvenes, personas de la tercera edad, discapacitados/as, lesbianas, gays, travestis, etc.

La igualdad en el ejercicio de los derechos humanos ha sido hasta hace poco interpretada de manera restrictiva como igualdad formal, una igualdad abstracta que era tal en la medida que la normativa nacional o internacional

contuviera un texto que afirmara que las personas somos iguales ante la ley y la prohibición de ser discriminados por diversas condiciones.

Constituye un avance la definición de discriminación en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que supera una visión androcéntrica incluyendo una perspectiva de género.

A los efectos de la presente Convención la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo **que tenga por objeto o resultado** menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer –independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer–, de los derechos humanos y las libertades fundamentales **en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.** (el resaltado es mío)

La tensión entre igualdad y diversidad requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Joan Williams plantea que el análisis de igualdad que incluya uno del género como poder social elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se resume en las siguientes líneas:

La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo

tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa¹⁴.

Las acciones afirmativas son medidas de carácter temporal que ante la existencia de desigualdades históricas aplica medidas que buscan acelerar el ejercicio de igualdad efectiva. Un ejemplo de acciones afirmativas son las cuotas de participación política para mujeres, los cupos para minorías étnicas en instituciones educativas, los porcentajes exigidos de contratación a personas con discapacidades, etc.

Si de resumir se tratara me parece que el punto central que las diversas corrientes feministas y el enfoque de género han insertado en la discusión sobre derechos humanos es su relación con el poder.

Foucault nos enseñó que el éxito del poder es proporcional a su habilidad para ocultar sus mecanismos¹⁵. (la traducción es mía). El Derecho concebido como espacio de neutralidad, objetividad, universalidad ha camuflado durante mucho tiempo relaciones de poder/dominación y las ha legitimado.

No obstante, así como el derecho puede ser un instrumento de dominación también puede convertirse en una herramienta de cambio social. Esto implica entender que el Derecho y los derechos humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder.

III. Bibliografía

CHIAROTTI Susana, *Aportes al derecho desde la teoría de género*, 2005. www.cladem.org

FACIO Alda y Lorena Frías (Editoras), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000.

———, “El Principio de Igualdad ante la Ley”, en *Derechos Humanos de las Mujeres*, Lima, 1996.

¹⁴ Williams, Ob. Cit, p. 79.

¹⁵ Citado por David Halperin, “The Queer Politics of Michel Foucault” en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 51.

- GALLARDO Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000.
- GOMÁRIZ Enrique, “Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas en *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio*, Regina Rodríguez (ed.), Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992, pp. 83-110.
- HALPERIN David, “The Queer Politics of Michel Foucault” en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995.
- HERRERA Gioconda (coord.), *Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000.
- Mc DOWELL Linda, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.
- OLSEN Frances, “El sexo del derecho”, en Alicia Ruiz (compiladora), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-43.
- OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos 2005*.
- PÉREZ LUÑO Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.
- SALGADO Judith, “Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano”, en Fernando Flores (coordinador), *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 121-136.
- SCOTT Joan W, “El género: Una Categoría útil para el análisis histórico, en El género. *La construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 265-302.

Instrumentos internacionales

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.



3

**Metodología de investigación
del derecho**

Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*

Alda Facio

Sumario

I. Los pasos. II. Marco de referencia específico: concepto amplio del derecho. 2.1. El componente político-cultural. 2.2. El componente estructural. 2.3. El componente formal-normativo.

I. Los pasos

El presente texto es una síntesis de mi libro “Cuando el género suena, cambios trae”¹. Decidimos incluir esta versión sintetizada en este capítulo porque el análisis desde la perspectiva de género del fenómeno legal es lo que hacemos en esta obra y quisimos compartir con nuestras y nuestros lectores una de las metodologías que hemos venido utilizando en nuestra labor de democratizar el Derecho. La metodología no es complicada. En realidad, involucra solamente seis pasos que no son para nada difíciles una vez que se ha tomado conciencia de cómo opera el sexismo en nuestras vidas. Es más, el primer

* Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Fries (Editoras), *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

1 Facio, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD, 1991.

paso es precisamente eso: tomar personalmente conciencia de la infravaloración de lo femenino en todo el quehacer humano. Pero vayamos a los pasos:

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. (Para las mujeres esto significa hacer conciencia de su status de persona subordinada, discriminada y oprimida y para los hombres significa tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de la subordinación de las mujeres.)

PASO 2: Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el sexismo tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc.²

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto. Es decir, identificar cuál es la mujer que se está contemplando como «el otro» del paradigma de ser humano que es el hombre / varón y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.

PASO 4: Identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto, es decir si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los otros componentes del fenómeno legal.

PASO 6: Ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Esto último porque si una / o ha realmente interiorizado lo que significa y es el sexismo, siente la necesidad de trabajar para derrocarlo. Esto necesariamente implica trabajar colectivamente.

Para ayudarlos / as en la toma de conciencia, esta metodología parte de los siguientes presupuestos:

a) PRIMERO: la existencia ya comprobada por innumerables estudios, tanto de las agencias de las Naciones Unidas y gobiernos, como de universidades y grupos de mujeres, de la discriminación que sufre la mujer en prácticamente todos los ámbitos del quehacer humano.

b) SEGUNDO: la definición que da la «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer» de lo que se

² Para una discusión sobre estas formas de sexismo referanse a la obra citada idem.

debe entender por «discriminación». Esta definición está establecida en su Artículo 1, que textualmente dice:

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es triplemente importante. En primer lugar, porque según ella, una ley será discriminatoria si tiene *Por resultado* la discriminación de la mujer aunque esa misma ley no se haya promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, una ley podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de «proteger» a la mujer o de «elevationarla» a la condición del hombre. Así, una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual, pero que tiene *Resultado* que menoscaban o anulan el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos, será una ley discriminatoria.

En segundo lugar, es importante porque esa definición que da la Convención de lo que se debe entender por «discriminación contra la mujer», al haber sido ratificada por un país, se convierte en lo que *legalmente* se debe entender por discriminación. Así, definiciones más restrictivas de lo que es la discriminación, como por ejemplo las que sostienen las personas que consideran que sólo se debe interpretar como «discriminación» el trato desigual que se le dé a la mujer en la letra de la ley, (componente formal normativo) no son legalmente aceptables.

En tercer lugar, porque claramente establece que se considerará discriminatoria toda restricción basada en el sexo que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas *Política, Económica, Social, Cultural o civil o en cualquier otra esfera*. Así, según esta definición, a diferencia de lo que se suele argumentar, se consideran discriminatorias las restricciones que sufrimos las mujeres en el campo cultural y doméstico y no sólo las discriminaciones que se dan en la llamada «esfera pública.»

c) TERCERO: el sexismo como la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo o género masculino sobre el femenino. Esta creencia resulta en una serie de privilegios para los

hombres que surgen de mantener a las mujeres al servicio del sexo / género que se considera superior. Esta situación se logra haciendo creer a las mujeres que servir a los hombres es su función «natural»³. *El sexismo* abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas, de modo que es imposible hacer una relación no exhaustiva sino ni tan siquiera aproximada de sus formas de expresión y puntos de incidencia.

En palabras del sociólogo Martín Sagrera: “Ni el esclavo ni la mujer hubieran podido ser mantenidos, siquiera sea por la fuerza, en el estado abyecto en que fueron sumidos si no hubieran sido convencidos poco a poco de su inferioridad. Y esta falta de conciencia de clase hizo que fueran ellos mismos los peores enemigos de su propia regeneración.» Yo agregaría que a la mujer, más que falta de conciencia de clase, le hace falta «conciencia de género». La historia nos ha demostrado que generalmente los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc. y tenemos todas las discapacidades visibles y no visibles que pueda tener un ser humano.

Tal vez aquí convendría dar un ejemplo para aclarar esto de que el género es atravesado por otras variables o condiciones. Tomemos a una mujer negra. Podríamos creer que esa mujer sufre la discriminación por pertenecer a una raza discriminada y por pertenecer a un sexo discriminado. Pero no habremos comprendido la complejidad de su opresión si nos contentamos con sumar esas distintas formas de opresión. No es que la mujer negra sufre por ser mujer y por ser negra sino que es oprimida por ser *Mujer negra* que es a la vez distinto de ser mujer occidental/rosada y distinto de ser hombre negro. Vemos así que el género y la raza se dan contenido y significado mutuamente.

También es importante distinguir entre «agregarle» a un análisis el «componente mujer» y hacer «un análisis de género». En el primer caso no se cuestiona el androcentrismo del análisis, dejando casi intactas las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas, mientras que en el segundo se amplía el panorama, cuestionando el mismo paradigma del estudio y ana-

3 A muchas mujeres, especialmente las profesionales y estudiantes universitarias, les cuesta aceptar que, aunque sean muy competentes en su profesión, realizan muchos servicios a sus hombres. Entre éstos está el cuidarles el ego.

lizando las distintas maneras en que se manifiesta el sexismo. Por eso tampoco es lo mismo tener «conciencia de mujer» que tener «conciencia de género», ya que como dije anteriormente, el tener conciencia de género implica tener conciencia de las relaciones de poder entre los sexos atravesadas por las variables o condiciones de raza, clase, opción sexual, edad, discapacidad visible, etc. Implica también entender que vivimos bajo un sistema de sexo / género con dominación masculina (o en otras palabras un «patriarcado») que no puede ser eliminado por un esfuerzo individual sino que debe ser cambiado en sus propias estructuras a la vez que por medio de la conscientización.

Por ello la labor de «conscientización en género» o lo que es lo mismo, la toma de conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases, opciones sexuales, etnias, edades, discapacidades, etc. es a su vez el primer y último paso de la metodología que yo propongo. Sin esta conscientización, la eliminación del sexismo es imposible.

ch) CUARTO: el convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres / varones, no se debe a que «por naturaleza» es inferior, ni se debe a que ha tenido menos oportunidades o menos educación —aunque esas carencias contribuyen a su subordinación— sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones.

Así, hacer un análisis de un texto desde la perspectiva de género significa primero que nada tener conciencia de que las mujeres por su sexo, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre / varón, por su sexo, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta. Es decir, que la pertenencia a un sexo es un hecho social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque aunque es la naturaleza quien dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo.

Tener conciencia de que las mujeres y los hombres, por su sexo, ocupan lugares de menor o mayor poder, no es más ni menos que tener una conciencia feminista.

El feminismo es sencillamente una teoría que sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc. son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo; que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación, y satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos⁴.

Con la conciencia de que el sexo / género es una categoría o condición existencial socialmente relevante, hablamos de que hacer un análisis de género es hacer un análisis que toma la variable sexo / género como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo / género se hace dicho análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en mujeres y hombres. En el caso que nos ocupa, nos interesa hacer un análisis de género desde la perspectiva de las mujeres. Esto significa hacer un análisis desde la perspectiva de un ser subordinado, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre / varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc. y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres / varones de todas las clases, razas, etnias, etc.

Tradicionalmente se han hecho las investigaciones, estudios y análisis desde la perspectiva del hombre / varón occidental, blanco, cristiano, heterosexual, sin discapacidades visibles, pero los mismos se presentan como si no tuvieran ninguna perspectiva, como si fueran totalmente objetivos, neutrales y universalmente válidos, como si la posición que ocupa ese ser privilegiado fuese el parámetro de lo humano. Esta manera de presentar y hacer las investigaciones no sólo es parcial al sexo masculino, sino que deja por fuera a todos aquellos hombres que pertenecen a grupos discriminados o marginalizados. Por otro lado, los análisis tradicionales que sí toman en cuenta la variable clase, raza u otra, pero no toman en cuenta la variable sexo, parten de que la clase o raza del hombre / varón es la que es determinante o que al hablar de los hombres pobres, por ejemplo, se está hablando de las mujeres pobres. De esta manera, aunque estos estudios sean menos parciales que aquellos que no toman en cuenta estas variables, adolecen de la exclusión de más de la mitad del género humano. Pero más terrible aún, adolecen de

4 Para mayor información sobre feminismo leerse el primer capítulo de este mismo texto.

falta de objetividad porque presentan sus conclusiones como válidas para la humanidad toda.

Desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género, las subordinadas hemos quedado excluidas, invisibilizadas, «neutralizadas», porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única realidad. El tomar la realidad del hombre / varón dominante como la única realidad, es establecer un parámetro de lo humano y simultáneamente establecer que todos y todas las demás, constituímos «lo otro». Por eso los estudios tradicionales son parciales, específicos y subjetivos: presentan sólo una parte de la realidad como si fuera la totalidad o como si fuera representativa de la totalidad.

Es cierto que algo se ha escrito e investigado sobre la mujer, pero aún cuando se toma en cuenta la realidad de las subordinadas, que no es siempre, nunca se ha tomado como parámetro de lo humano sino como la realidad de «el otro», tanto así que en el entendimiento convencional, la mujer es sinónimo de «lo otro», «lo específico» lo «no universal».

Peor aún, generalmente cuando se toma en cuenta a las mujeres, se toman en cuenta solamente tres tipos: 1) mujeres alibí –mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres; 2) mujeres madres –mujeres cuya razón de ser es únicamente la maternidad o que se destacan por ser madres de grandes hombres o; 3) mujeres víctimas-mujeres que no son sujetas de su propia historia sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. Aunque ciertamente es un avance el que al menos se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, las mujeres no somos sólo eso, somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre / varón.

Cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer se hace un análisis más completo que cuando se parte de la supuesta no perspectiva de los hombres / varones. Para comenzar, partir de lo que en el entendimiento convencional se considera «el otro» necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional. Por eso cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer, (análisis feminista) se está haciendo un análisis con la conciencia de que esa perspectiva es la perspectiva del ser subordinado por excelencia. Y, cuando se hace un análisis desde un ser subordinado, no se puede menos que tomar en cuenta la posición y perspectiva del ser dominante, del ser «parámetro» del cual el ser subordinado es «el otro».

Por ello se afirma que el análisis de género desde la perspectiva de la mujer (es decir, el análisis feminista) es más objetivo que el análisis tradicional y no es igual a hacer un análisis desde la mujer. ¿Por qué? Porque desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, es decir desde la perspectiva de género desde la mujer, no se puede excluir al sexo dominante: es él quien se beneficia de su subordinación, es él quien se ha proclamado como «parámetro» de lo humano y si esta situación no se incluye, no se puede entender la realidad de la subordinación de la mujer ni la realidad misma. Hablar desde la mujer sin tomar en cuenta las estructuras de género, no explica su ubicación dentro del sistema sexo / género, por lo que no se puede entender la realidad. De la misma manera, desde la perspectiva del ser dominante, si no se toman en cuenta los «servicios» que los seres dominados le brindan y las situaciones que lo mantienen en esa posición privilegiada, tampoco se puede entender cabalmente su realidad.

Generalmente, lo que ha sucedido es que los análisis tradicionales parten de que esa situación de privilegio masculino y esos servicios que todo hombre recibe por pertenecer al sexo masculino, son parte de la naturaleza y por ende no necesitan explicación (y lo que es peor, no pueden ser transformados).

Aún más, el análisis feminista, al cuestionar lo masculino como parámetro de lo humano simultáneamente cuestiona la dicotomía entre el ser «parámetro» y el ser «el otro» y por eso no deja de lado el que las mujeres pertenecemos a clases, razas, etnias, preferencias sexuales, etc. distintas porque, así como no hay un hombre parámetro, tampoco hay una mujer «parámetro» y una mujer «la otra». Por eso se afirma que cuando se hace un análisis de género se tiene claro que las variables raza, clase, edad, etc. lo atraviesan y modifican. Hacer un análisis de género no es hacer un análisis tomando en cuenta la categoría social «sexo» y agregándole luego un análisis de clase, raza, etc. Implica mucho más. Implica romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y «lo otro», etc. Implica un análisis más rico y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas.

Contradictoriamente pero entendible en una sociedad patriarcal, la perspectiva tradicional- que al fin de cuentas es la perspectiva de los dominantes aunque quede invisibilizada, excluída o neutralizada la realidad de las subordinadas y por ende falseada también la realidad de los dominantes, es enten-

dida como objetiva, científica, universal. Mientras tanto los estudios desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, son percibidos como parciales a la mujer y por ende, como menos científicos, objetivos y / o importantes, a pesar de que desde esta perspectiva, como se explicó anteriormente, el hombre/varón está siempre presente.

Tal vez esta manera de percibir los estudios que tienen perspectiva de género se deba a que desde la perspectiva feminista, la presencia del hombre con sus privilegios está explícitamente expuesta. Como no estamos habituas(os) a esa explicitación, es lógico que nos incomode. Y es que estamos tan acostumbradas(os) a ver el mundo desde la perspectiva masculina únicamente que cuando nos lo presentan desde la perspectiva de un ser dominado, especialmente si ese ser dominado es del sexo femenino, nos parece que es una percepción «demasiado específica» y por ende poco válida, aunque sea «específica» de más de la mitad del género humano, y aunque sea mucho menos «específica» que los estudios tradicionales.

Como se menciona anteriormente, el análisis de género no es un análisis que sólo se pueda hacer desde la perspectiva de la mujer. Los hombres también deberían hacer análisis de género desde su perspectiva, explicitando que la tienen y que ésta es la perspectiva de uno de los dos sexos del género humano, en vez de hablar en nombre de la humanidad toda y como si su perspectiva fuese una NO perspectiva. En otras palabras, los hombres deberían hacer análisis de género explicitando siempre su posición privilegiada en esta sociedad con respecto a la mujer en vez de hablar «desde ninguna parte» y en nombre del género humano. En síntesis, tanto hombres como mujeres deberían optar por incluir la categoría género como central a cualquier análisis porque esta categoría permite una visión más apegada a la realidad y por lo tanto más objetiva y científica.

Un ejemplo dramático y muy concreto de los distintos resultados que dan estas visiones o perspectivas distintas la podemos encontrar en las regulaciones y leyes sobre el aborto. Para los hombres, el problema del aborto es un problema abstracto de protección a una vida abstracta porque los hombres, nunca tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no sólo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas, es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de

vida en concreto de dos seres: el de la madre y el de la vida en potencia que está en su vientre (y tal vez hasta la vida de las(os) demás hijas(os)).

En nuestras sociedades se ha enfrentado el problema del aborto desde la perspectiva del hombre / varón únicamente. Es decir, se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer ni la calidad de vida de los seres involucrados aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o que se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. Claro que en parte ésto se debe a que, desde la perspectiva tradicional, la mujer que decide un aborto se pone en riesgo “voluntariamente” por lo que según la forma de pensar de quienes han penalizado el aborto, la vida de la mujer no tiene por qué ser protegida. Pero desde la perspectiva de género, sabemos que la inmensa mayoría de las mujeres enfrentan un aborto cuando no les queda otro remedio y lo enfrentan sabiendo que pueden morir. Por eso, desde esta perspectiva, se entiende que no es ni ético ni práctico penalizar el aborto para «proteger» la vida intrauterina porque penalizado o no, la realidad es que millones de mujeres en todo el mundo acuden a esta trágica solución a un problema concreto y millones han muerto en el intento. Por eso la penalización ni es práctica porque no protege la vida intrauterina, ni es ética porque causa millones de muertes.

Con este ejemplo no estoy diciendo que desde la perspectiva de género la solución única es despenalizar el aborto. Lo que quiero ejemplificar es que el problema del aborto, desde la perspectiva de la mujer como perteneciente a un género subordinado, es un problema mucho más complejo que la preocupación por la vida intrauterina. Tiene mucho más implicaciones. Si este problema se analizara desde esta perspectiva en vez de sólo analizarse desde la perspectiva tradicional que hasta ahora sólo se pronuncia por la vida en abstracto, tal vez ya habríamos encontrado una solución a las miles de muertes de mujeres en abortos clandestinos y a la consecuente desprotección de esa vida intrauterina que tanto se desea proteger.

Si el problema del aborto se analizara desde una perspectiva de género, se tendría que analizar no sólo el valor «vida» en abstracto sino al mismo tiempo los costos de los pañales, la leche, las enfermedades infantiles, la educación, el despido por embarazo y / o la imposibilidad de encontrar empleo estando embarazada, la falta de centros infantiles, la soledad con que millones de mujeres

enfrentan la maternidad, los métodos anticonceptivos peligrosos o prohibidos por la Iglesia Católica, la violación marital, el abuso sexual incestuoso, los y las niñas en la calle, y tantos otros factores más. Si todas estas situaciones fueran resueltas por la sociedad en su conjunto en vez de dejarlo en manos de las madres, podría ser ético que la sociedad decidiera penalizar el aborto.

d) QUINTO: el convencimiento de que el derecho es androcéntrico: es decir, que parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto las leyes «genéricas» (es decir, las que supuestamente nacen de las necesidades de todas(os), van dirigidas a todos los seres humanos y supuestamente tendrían efectos similares en todos y todas), NO son neutrales en términos de género sino que parten del sexo masculino como representante de la especie toda.

El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre / varón de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de anatomía humana toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre/varón. Es por esta razón que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres, o para su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres.

En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el o la legisladora, el o la jurista y el o la jueza tengan en mente al hombre / varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación. Por ello, no debemos caer en el error de creer que existen leyes neutrales que se dirigen igualmente a hombres como a mujeres y que tienen iguales efectos en hombres y mujeres.

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva

de la mujer como género subordinado. Pero por sobretodo, *Se debe a que esas leyes genéricas, en realidad si tienen género y ese género es el masculino.*

Muy por el contrario de lo que se afirma en el campo jurídico, la pertenencia a uno u otro sexo es relevante ya que es una categoría social determinante del menor o mayor poder que se pueda tener en una sociedad. Es decir, el sexo debería entenderse como una categoría social porque las relaciones entre los sexos, al igual que las relaciones entre las clases, razas, etnias, etc., son relaciones socialmente construídas y no dadas por la naturaleza. Y en el caso de las relaciones entre los sexos, hay uno que tiene mucho más poder y privilegios que otro, lo cual no puede ser indiferente para el fenómeno jurídico ya que es precisamente en este campo en donde se regulan las relaciones de poder.

II. Marco de referencia específico: concepto amplio del derecho

La metodología de análisis de un texto legal que he desarrollado a través de estos años, se fundamenta en una concepción del fenómeno legal que va mucho más allá de la norma *agendi*. En realidad, el derecho como fenómeno legal está constituido por tres componentes:

- 1) el componente formal normativo;
- 2) el componente estructural y;
- 3) el componente político-cultural.

Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y / o definido por el otro al tiempo que influye, limita y / o define al otro, a tal grado que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal, una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes.

De esta manera, el componente formal normativo del derecho sería sinónimo de lo que muchos(as) tratadistas llaman la *norma agendi*, es decir la ley formalmente promulgada o al menos, formalmente generada, ya sea en su forma de ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.

El componente estructural de la ley sería el contenido que las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos los y todas las funcionarias que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlos. En este sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes, algunas no escritas en ninguna parte, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa ni generadas formalmente en una negociación y leyes que conforman lo que hoy en día se llama el derecho judicial, que son tomadas en cuenta por quienes administran justicia. (Ejemplo de esto último es la ley no escrita pero sí muy aplicada por los(as) jueces(zas) de familia en Costa Rica, que determina que la mal llamada «guarda y crianza» de las (os) hijas(os) sólo podrá quedar en manos de la madre o del padre en caso de separación o divorcio, pero que en ningún caso puede ser compartida.)

El componente político-cultural de las leyes el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, pero más importante aún, las leyes no escritas que la mayoría acata, las leyes derogadas que en la vida diaria siguen vigentes y las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas, porque en este componente cultural también existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría, son formalmente reforzadas. En algunos casos, son hasta más efectivas que las que se encuentran en blanco y negro en nuestros códigos.

Un claro ejemplo de la relación estrecha que se da entre componentes la podemos encontrar en un caso en Costa Rica pero que muy posiblemente es aplicable a todo el Continente Latinoamericano. Se trata de la ley no escrita, ya no formalmente promulgada –fue derogada– que determina que el hombre / varón como «jefe de familia» tiene derecho a «corregir» a su esposa. Esta ley, aunque ya no es vigente, es obedecida por la mayoría de los(as) costarricenses quienes todavía creen que el hombre / varón es el «jefe de familia». Esta creencia los lleva a considerar que el hombre / varón, al ser el «jefe» tiene ciertos derechos que las(os) otras(os) miembros(os) de la familia no comparten, dentro de los cuales se encuentra el de manifestar su frustración, desagrado o cólera en forma agresiva. Esta creencia se mantiene en la mente de la mayoría de los y las costarricenses, aunque en el componente formal nor-

mativo exista el Artículo 2 del Código de Familia, formalmente promulgado, que establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Vemos así que la ley no escrita, no formalmente promulgada o ya no vigente (es decir, la que se encuentra en el componente cultural), es más obedecida que la formalmente promulgada que se encuentra en el componente formal normativo en un tangible código de familia. En este ejemplo, el componente estructural también juega un papel importante al reforzar formalmente esa ley no escrita del componente cultural, cuando, por ejemplo, los funcionarios continúan haciendo censos en el que se pregunta por el «jefe de familia» sin que quepa la posibilidad de contestar que la familia es bicéfala, jefada por los cónyuges por tener ambos iguales obligaciones y derechos.

Estos tres componentes, como dije anteriormente, se relacionan estrechamente entre sí, más aún de lo que a primera vista se sugiere. Veamos:

a) **Influencia del componente político-cultural
en el componente formal normativo**

Querámoslo o no, estemos conscientes o no, el componente cultural determina el contenido del componente formal-normativo de la ley de múltiples maneras, entre las cuales puedo enumerar el que:

- 1) quienes hacen las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconcepciones con respecto a las personas a quienes van dirigidas las normas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza / etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.;
- 2) las tradiciones y costumbres valoradas por un pueblo en un determinado período histórico constituyen una especie de marco límite mucho más allá del cual los y las legisladoras no se atreven a legislar tal vez por miedo a perder popularidad o privilegios, por presiones políticas, por sus propias creencias, etc.;
- 3) las costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las legisladoras de acuerdo a muchísimos factores tales como los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.;
- 4) la doctrina jurídica que esté mas valorada o de moda en un determinado

- momento tiene una gran influencia en cuáles leyes se promulgan y cuáles no y la forma, contenido y redacción que tendrán las normas;
- 5) el conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes irá demostrando a los legisladores qué leyes deben ser modificadas, cuáles derogadas, qué nuevas leyes se requieren y cómo deben ser redactadas para ser aceptadas;
 - 6) las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes, también determinan qué leyes se promulgan y cuáles se derogan.

b) Influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural

A su vez el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

- 1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, quién es criminal y quién es un(a) buen(a) ciudadano(a), etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado, por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular. Tal vez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado «natural» y qué no lo es.

Como ya se ha dicho en éste y otros capítulos de esta obra, la ley como discurso refleja y al mismo tiempo actúa sobre la sociedad. Es constitutiva y derivativa de los cambios políticos y sociales. La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece, por ejemplo, la libertad, la coarta; al mismo tiempo que establece la igualdad entre los sexos, mantiene privilegios milenarios de los hombres. Por eso, aunque es cierto que la ley es derivativa porque las leyes cambian cuando cambia la sociedad, también es constitutiva porque la sociedad cambia cuando cambian sus leyes. Por eso insisto en que la influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural es inmensa.

Aquí es importante que reflexionemos sobre lo mucho que se ha escrito acerca de la imposibilidad de cambiar actitudes y conductas por

medio de la promulgación de una ley, especialmente en relación al «machismo». Recordemos cuántas veces el movimiento feminista se ha tropezado con el argumento de que el «machismo» es una actitud «cultural» que sólo se puede ir cambiando lentamente a través de la educación y no por medio de leyes, argumento que es doblemente erróneo. Primero, no es cierto que el sexismo sea solamente una «actitud» cultural, porque como he venido diciendo es también un sistema con estructuras de poder bien concretas y establecidas. y segundo, es erróneo porque está históricamente comprobado que la ley sí puede, y de hecho lo ha logrado, cambiar costumbres, mores, folkways o valores. Los conquistadores de todos los tiempos han modificado y hasta totalmente transformado costumbres y valores de los pueblos conquistados por medio de la promulgación de leyes, especialmente porque tienen el respaldo del aparato represivo del Estado para sancionar las conductas no deseadas por los conquistadores.

Esto nos lleva a los otros puntos sobre lo que el componente formal-normativo puede hacer tales como:

- 2) definir cuales actos conforman una tradición o costumbre porque la ley puede institucionalizar por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc. cuáles conductas tradicionalmente aceptadas son “costumbre” o tradición. Puede modificar ciertas costumbres al prohibir ciertos aspectos o actos dentro de una tradición, y hasta puede hacer desaparecer totalmente una tradición al institucionalizar conductas diferentes a las que conforman la tradición en cuestión, o al prohibir explícitamente todos los actos que la constituyen.
- 3) promover la creación de doctrina jurídica porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se quieran promulgar. Recordemos que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.
- 4) facilitar u obstaculizar la comprensión de las leyes por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley está redactada influye en el conocimiento y uso que la gente haga de ella. Si una ley está en un lenguaje que nadie entiende, es muy posible que no sea utilizada de la manera en que fue previsto que se interpretaría y aplicaría, o también, es muy posible que no será utilizada precisamente como lo previeron quienes la redactaron. Una ley ambigua se presta para que cada persona, cada generación, cada

grupo social la interprete de acuerdo a sus intereses, pero es obvio que la ambigüedad favorecerá a los grupos socialmente más poderosos. Por ello la forma en que esté redactada una ley, es decir su componente formal normativo, afectará profundamente su componente cultural.

c) **Influencia del componente formal-normativo en el componente estructural (.)**

El componente formal normativo influye, limita y define al estructural también de distintas maneras:

- 1) no se pueden interpretar ni aplicar leyes que no han sido creadas y es difícil aplicar las que ya han sido derogadas, de manera que por más bien intencionados que sean las personas que administran justicia, si no tienen el respaldo de leyes formalmente promulgadas, es poco lo que pueden hacer.
- 2) existen procedimientos y / o prácticas procesales y administrativas formalmente promulgadas en el componente formal normativo, que consisten en dotar a la persona que de una u otra manera debe interpretar y aplicar la ley, del poder de llenar los vacíos de la misma por medio de la analogía con otra u otras leyes formalmente promulgadas. De esta manera el componente formal normativo influye en el contenido que se le darán a las leyes en el componente estructural.
- 3) la ley, al establecer reglas, institucionaliza una forma de pensar y esa forma de pensar no sólo es adoptada por el común de la gente sino también por quienes administran justicia de manera que también los y las juezas, policías y otros(as) funcionarios(as) que seleccionan, interpretan y aplican las leyes lo hacen de conformidad con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinada por las mismas leyes.

d) **Influencia del componente estructural en el componente formal normativo.**

El componente estructural influye, limita y determina el contenido del componente formal normativo de la ley porque:

- 1) la interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley, le va dando un significado a esa ley que podría ser más amplio o más restringido de lo que el o la legisladora quiso al promulgarla.
- 2) el que nunca, o no muy frecuentemente se aplique una ley o un determinado aspecto de una ley, también influye en el componente sustantivo al restarle vigencia o efectividad a la misma.
- 3) la imposibilidad de solucionar un determinado conflicto, o la imposibilidad material de aplicar una determinada ley, que a veces experimentan quienes tienen que administrar justicia, determina no sólo el contenido que se le irá dando a esa ley, sino que influye y hasta determina que se promulguen o deroguen ciertas leyes.
- 4) aunque desafortunadamente no siempre, también el poco o gran acceso que tenga el común de la gente a la administración de justicia en un determinado país influye en cómo se redacta la ley.
- 5) el conocimiento sobre las actitudes y conductas de las personas que administran justicia también determina la redacción de una ley, aunque en demasiados pocos casos.

e) **Influencia del componente político-cultural
en el componente estructural**

A su vez, el componente estructural es influido, limitado y definido por el componente político-cultural por las mismas razones que este influye, determina y limita al formal normativo pero además, porque una ley que no es conocida por el común de la gente podría nunca ser llenada de contenido al no ser aplicada o interpretada. De esa manera, una ley que existe en el componente formal normativo podría no existir en el componente estructural debido a la influencia del político cultural.

Si el común de la gente no considera que el problema relacionado con esa ley no conocida es un problema legal, es probable que quienes administran justicia tampoco lo considerarán un problema legal. Por ejemplo, un derecho que generalmente no es exigido a las oficinas que administran justicia o una violación a un derecho que nunca es denunciada, hará que la ley que sanciona ese derecho nunca sea interpretada ni aplicada aún en el caso ex-

cepcional de que sea exigida su aplicación. De esta manera, aunque ese derecho esté enunciado en el componente formal normativo, no tiene contenido y por lo tanto no es un verdadero derecho ni es una verdadera ley sino que es solamente eso, un enunciado. Por ejemplo, en algunos países de Centroamérica, aún antes de la promulgación de leyes específicas contra la violencia doméstica, está sancionada la conducta violenta dentro del hogar en casi todos los códigos penales. Sin embargo, cuando una mujer se atrevía a denunciarla, los funcionarios no le hacían caso porque desconocían los artículos del código penal que tipifican esa conducta como delictiva. Esta reiterada no aplicación de esos artículos los fueron vaciando de existencia a tal punto que se tuvo que redactar leyes específicas contra esta conducta debido a la presión del movimiento de mujeres.

f) Influencia del componente estructural en el componente político-cultural.

También el componente político-cultural es influido, limitado y definido por el estructural porque:

- 1) la forma en que la leyes administrada, aplicada e interpretada será lo que la mayoría de la gente considere que es el verdadero contenido de la ley y por ende, será la ley que respetarán u odiarán. En realidad la forma como es aplicada e interpretada la leyes la verdadera ley.
- 2) el conocimiento y actitudes que la gente tenga frente a la ley son influidas por las actitudes y conductas de quienes administran justicia porque en gran medida éstas determinarán si la gente cree en, y utiliza una determinada ley.
- 3) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia determina en una gran medida las actitudes que los que aplican la ley puedan tener frente a una determinada ley de manera que el acceso determinará en gran medida el contenido de la ley.
- 4) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia influye en la doctrina jurídica que se va creando o se va poniendo de moda porque la doctrina que se cita o sirve de fundamento a las sentencias etc., no es la misma en un país en donde hay un gran acceso a la administración de justicia como en otro donde no la hay.

Estos puntos que he enumerado en relación a la mutua definición entre los componentes son sólo unos de los muchos que se pueden pensar. Estoy consciente de que cada uno da para toda una reflexión crítica sobre el fenómeno jurídico, lo cual nos puede desviar del objetivo del presente documento. Por ello quiero enfatizar que en este caso lo importante es que una vez que se tiene claro que el derecho contiene estos tres componentes, se tendrá conciencia de que el análisis, por ejemplo, de una ley o un proyecto de ley, que sólo se hace desde su componente formal normativo es un análisis parcial que no dará un conocimiento suficientemente objetivo como para poder medir sus alcances, efectos y beneficios.

Si cada vez que se analiza una ley o proyecto de ley, se tienen presente los tres componentes del fenómeno legal, lógicamente se tendrá presente también las otras leyes que ya existen en el componente formal-normativo y como éstas se transforman en los otros dos componentes. Esto es muy importante porque un error que han cometido quienes luchan por los derechos humanos de todas y todos, es apoyar la promulgación de leyes que se han redactado en un vacío, es decir, como si no existieran otras leyes que contradicen los principios que sustenta la que se pretende promulgar o como si no existiera un derecho judicial, una práctica política y una serie de valores, tradiciones y costumbres que harán que esa ley, redactada de la forma como está, no podrá lograr lo que se pretende.

También al hacer un análisis de la doctrina jurídica o del comportamiento delictivo (componente político cultural y también en parte, estructural) es necesario ver cómo éstas se han o no traducido en leyes (componente formalnormativo) y cómo las leyes son interpretadas y aplicadas por quienes administran justicia (componente estructural). De manera que siempre que se haga un análisis de cualquier aspecto relacionado con el fenómeno legal, es importante tomar en cuenta sus tres componentes.

Pero mucho más importante aún es tener claro cual es el objetivo que se busca al hacer el análisis. (En nuestro caso es eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres de grupos marginados y no convertirnos en especialistas en esta u otras técnicas jurídicas). Si tenemos esa claridad, los 6 pasos de esta metodología pueden modificarse. Por ejemplo, se profundizará más en uno u otro paso de acuerdo a los intereses del grupo.

Esta conceptualización ampliada del fenómeno jurídico es especialmente importante para las mujeres porque incluye el mundo «privado» de las leyes no formalmente promulgadas por el Estado, ese mundo «privado» al cual hemos sido relegadas las mujeres. El hacer de lo cultural un componente del fenómeno jurídico, nos permite a las mujeres desarticular el discurso jurídico, ver sus mistificaciones y hacer propuestas que nos permitan un día gozar de un verdadero trato humano. Considero que comprender lo jurídico desde sus tres componentes es un proceso de conscientización más que un proceso de aprendizaje porque implica, además de entender las relaciones entre los componentes, valorarlas por lo que significan para la eliminación de la discriminación que existe contra el sexo femenino.

Hasta aquí he desarrollado los dos grandes bloques que componen el marco teórico del cual parto al utilizar los métodos tradicionales para hacer el análisis de un texto legal. A continuación describo en detalle los seis pasos de esta metodología.

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal. La conscientización es indispensable para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres, porque permite que nos demos cuenta que nuestra experiencia individual y personal de sumisión es en realidad una experiencia colectiva y política de opresión. Esto se logra enfocándonos en nuestras experiencias concretas y específicas para luego hacer las generalizaciones y abstracciones necesarias para teorizar sobre la experiencia colectiva de subordinación. El proceso de conscientización implica la desarticulación del discurso masculino para rearticular el significado de nuestra experiencia como seres activamente involucradas en la construcción o desconstrucción de la sociedad.

Para los hombres la conscientización implica comprender profunda e individualmente los privilegios que gozan por ser hombres y cómo, aunque no son ni culpables ni responsables de las estructuras de género que fueron establecidas mucho antes de su nacimiento, sí pueden y deben tomar responsabilidad por eliminarlas. También implica darse cuenta del precio que pagan por esos privilegios y la deshumanización que todas las discriminaciones producen aún en el opresor o privilegiado por ellas pero también del dolor y destrucción que sus privilegios le causan a las mujeres y al planeta.

El proceso de conscientización nos hace sospechar de todas las estructuras y de todas las instituciones patriarcalmente construidas e impuestas. Esta sospecha nos hace dudar de la pretendida neutralidad de esas instituciones, porque vamos comprendiendo poco a poco como no son para nada «neutrales» ni objetivas sino que todo lo contrario, son androcéntricas, dicotómicas y muchas veces hasta misóginas.

La toma de conciencia feminista para las mujeres crea un nuevo conocimiento que emerge del compartir, honesta y sororalmente entre mujeres nuestras experiencias, lo cual nos permite comprender nuestras diferencias e identificar lo que nos es común a todas, para de ahí hacer la teoría necesaria para comprender nuestra realidad y trazar las estrategias para transformarla, tratando de no caer en nuevas formas de explotación y opresión. Los grupos de conscientización feministas empiezan por la experiencia personal y concreta, integran esta experiencia en una teoría, dándole en este proceso, otro significado y otra forma a la teoría basada en la experiencia y a la experiencia basada en la teoría. Así la teoría expresa y nace de la experiencia pero también la experiencia es modificada, validada y reinterpretada por la teoría.

Para los hombres implica tomar contacto con sus sentimientos y hasta con su lado femenino y estar dispuestos a ser ridiculizados por no ser suficientemente “machos”. Es un proceso doloroso que requiere de mucha humildad y valentía de parte de los hombres. Afortunadamente, hay muchos valientes.

Este proceso obviamente amplía las percepciones y las perspectivas ya que al cuestionar al «hombre / varón» como parámetro de lo humano, en el peor de los casos se estará ampliando a dos: «hombre / varón» como parámetro del humano de sexo masculino y «mujer» como parámetro de la humana de sexo femenino: pero si el proceso es intenso y honesto, llevará a una ampliación mucho mayor al negar que exista un «hombre» o una «mujer» que pueda ser el parámetro de uno y otro sexo, sino que existen tantas perspectivas como clases o grupos de individuos(as) pueda haber y que todas son igualmente diferentes e igualmente valiosas aunque no todas las perspectivas puedan ser igualmente objetivas.

PASO 2: Se trata de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales, y

de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Esto es necesario porque el sexismo es tan amplio y extendido que se manifiesta de muy distintas maneras. Por ejemplo, Margrit Eichler identifica siete: 1) el androcentrismo; 2) la sobregeneralización y/o sobrespecificación; 3) la insensibilidad al género; 4) el doble parámetro; 5) el deber ser de cada sexo; 6) el dicotomismo sexual y; 7) el familismo.

En este paso no me referiré al familismo, que es la forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos, porque considero que es una expresión del sexismo tan generalizada en el campo jurídico que debe ser analizada por aparte en el PASO 4.

Aquí también es necesario explicar que dividir en distintas expresiones lo que en realidad es un sólo fenómeno: el sexismo, se hace para facilitar la comprensión del mismo pero en ningún momento se podrá entender que son fenómenos totalmente distinguibles. Las formas de sexismo están muy relacionadas entre sí, tanto que en algunos casos no se puede especificar si se trata de una u otra forma. Sin embargo dividir el sexismo en estas distintas formas permite analizarlo más adecuadamente. Veamos:

1) El androcentrismo es tal vez la más generalizada de estas maneras. Se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente pero al mismo tiempo como si ésta no fuera una perspectiva. Así la experiencia masculina se percibe como central a la experiencia humana y por ende la única relevante, haciéndose el estudio de la población femenina, cuando se hace, únicamente en relación a las necesidades, experiencias y / o preocupaciones del sexo dominante masculino. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera consiste en el repudio a lo femenino y la segunda en la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina.

La historia es una disciplina que típicamente cae en esta forma de sexismo cuando, por ejemplo, se describen las conquistas como una forma de conseguir mujeres y esclavos. Si las mujeres son las que se consiguen, obviamente los actores son los hombres y las mujeres son los objetos sobre los cuales se actúa.

Las leyes formalmente promulgadas son otro ejemplo típico del sexismo en su forma androcéntrica cuando parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando se promulgan leyes «protectoras» para la mujer que parten de las necesidades que tienen los hombres de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado.

Obviamente, esta forma de sexismo no se soluciona con agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, ni se soluciona con presentar el punto de vista de una mujer alibí o mujer coartada, ni tampoco con enumerar los terribles sufrimientos que padecieron las mujeres ante determinado hecho. Tampoco se soluciona eliminando esas «protecciones» sin reemplazarlas por acciones correctivas que partan de las verdaderas necesidades de las mujeres.

Se soluciona cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de género, es decir, cuando se analizan preguntándonos cuáles son las implicaciones y efectos del hecho en cada sexo. Preguntándonos qué experiencia han tenido y qué resistencias han opuesto las mujeres y los hombres ante ese hecho o hechos similares y qué relación existe entre ambas experiencias y por ende las soluciones se presentan tomando en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos.

Para identificar el androcentrismo, tal vez sirve hacerse las siguientes preguntas: ¿Está todo el texto en masculino? Usa el vocablo “hombre” para referirse a hombres y mujeres? ¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto? ¿De quién son las necesidades que se pretenden llenar? ¿Se le da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina? ¿Cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿Qué valores promueve esa ley o qué valores sostiene el o la autora? ¿Quién es el o la autora? ¿Está presente o invisible? ¿Presenta sus opiniones como universales? ¿Neutrales? ¿O les dice a sus lectores a qué clase, raza, etnia, sexo, preferencia sexual, creencia religiosa, política o filosófica pertenece o se adhiere?

Estas y otras preguntas más nos las debemos hacer porque los textos androcéntricos, aunque escritos desde la perspectiva del sexo masculino, y generalmente de los hombres / varones de las clases dominantes de raza blanca, heterosexuales, cristianos y sin discapacidades visibles, son presentados como si fueran escritos desde ninguna perspectiva, neutrales en términos de clase, sexo y raza, etc., y *Universales, Objetivos y Científicos*. Muy por el contrario, los

textos feministas, no androcéntricos generalmente explicitan su perspectiva desde el inicio, pero aunque no la explicitaran, pronto veríamos que estamos frente a una perspectiva diferente. Esto es así precisamente por el androcentrismo, que nos ha condicionado a percibir lo androcéntrico como lo «universal», lo genérico y objetivo mientras que lo que tiene y explicita una perspectiva diferente a la de los dominantes es percibida como parcial o específica.

Pero lo que es peor aún es que lo que se percibe como «lo otro» o lo «específico, no genérico, no universal», se infravalora precisamente por carecer de las características de universalidad y objetividad que sólo asociamos con lo androcéntrico.

Podríamos afirmar que si un texto no explicita su perspectiva, es una señal de que muy posiblemente el texto sea androcéntrico. Pero aún cuando lo explicita, es importante que nos hagamos las preguntas porque hay investigaciones que al inicio explicitan que el objeto de estudio son «los seres humanos» de ambos sexos pertenecientes a determinado grupo, pero una lectura desde una perspectiva de género, pronto descubre que aunque la intención fue de estudiar a ambos sexos «neutralmente», la realidad fue que se estudió a ambos pero desde la perspectiva del sexo masculino, tomándolo como paradigma y / o cayendo en otras formas de sexismo como el doble parámetro o el dicotomismo sexual.

2) La sobregeneralización ocurre cuando un estudio analiza solamente la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de ese estudio como válidos para ambos sexos. Esta práctica se ha llevado a cabo sistemáticamente por los científicos, deformando ramas de la ciencia tan importantes como la Historia, la Antropología, la Sociología, la Medicina, la Criminología, etc. Esta forma de sexismo se da cuando se analizan las necesidades de un grupo de trabajadores del sexo masculino y se presentan como válidas para toda la clase trabajadora, por ejemplo.

También se da cuando en criminología se estudia el comportamiento de bandas juveniles compuestas por varones únicamente, o las mixtas pero sólo se toma en cuenta la realidad de los hombres / varones, y luego se presenta el estudio como una investigación sobre «bandas juveniles».

La sobrespecificidad se da cuando se presenta una necesidad o comportamiento humano como específico de uno de los dos sexos. Por ejemplo, se

habla de la necesidad que tienen los y las hijas del cuidado materno cuando en realidad tienen necesidad de ambos progenitores. O se promulgan leyes para protección de las mujeres que en realidad son leyes para protección de las futuras generaciones.

El lenguaje que se utiliza en las leyes formalmente promulgadas es generalmente otro ejemplo de sobreespecificidad-sobregeneralización ya que se utiliza el masculino para «supuestamente» referirse a ambos sexos, haciendo casi imposible saber cuándo está excluida la mujer sin recurrir a los análisis que aquí planteamos.

Esta forma de sexismo se soluciona especificando el sexo que se utilizó como modelo del estudio o de la ley o utilizando un lenguaje que incluya a ambos sexos cuando realmente ambos están incluidos. Aquí es importante hacer hincapié en que esta forma de sexismo no se soluciona con usar términos genéricos sin más. Se requiere que en el contenido también esté presente el género femenino. Por ejemplo, el haber denominado a los «derechos humanos» así, en vez de como siempre se llamaron «derechos del hombre» no eliminó el hecho real de que su contenido sigue siendo androcéntrico.

Esta forma de sexismo es muy frecuente en textos legales más recientes en que ya no se habla en masculino (para no caer en sobreespecificidad) sino que se habla en términos genéricos (es decir, en términos supuestamente inclusivos de ambos sexos) de tal forma que se imposibilita el conocimiento de si existen diferencias entre los sexos con respecto al uso de un derecho o al quebrantamiento de una ley, etc. Se parte de que los hombres / varones y las mujeres son iguales y están incluidos en ese término genérico pero resulta que en realidad era mejor que hubiesen seguido hablando en términos masculinos porque el paradigma es el hombre. Por ejemplo, se presentan tasas y porcentajes de «personas privadas de libertad» y no se especifica su sexo haciendo creer que se hace referencia a ambos sexos y haciendo imposible saber las diferencias entre ambos, diferencias que generalmente son recaladas en otros contextos y que además son bien importantes para el desarrollo de políticas penitenciarias congruentes para ambos sexos.

Con respecto a esta forma de sexismo, algunas de las preguntas que debemos hacer son: ¿Está el texto escrito en masculino cuando en realidad se está refiriendo a ambos sexos? Muchas personas creen que como gramaticalmente el masculino incluye al femenino, esto sucede también en nuestras

mentales, pero lo cierto es que lo masculino en el imaginario no incluye a lo femenino y por ende, hablar o escribir en masculino ya es una forma de sexismo porque excluye a lo femenino. Además, las reglas gramaticales son también leyes que podemos cuestionar y revisar para identificar su sexismo. Por otro lado, es prácticamente imposible que no se caiga en otras formas de sexismo cuando se habla en masculino. También se cae en esta forma de sexismo cuando se presenta un «derecho» de la mujer cuando en realidad es un «derecho» de la especie humana.

Otra pregunta que nos debemos hacer en relación con este segundo punto es: ¿Se está presentando el texto como una investigación o una legislación igualmente válida para ambos sexos cuando sólo se estudió o sólo se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los sexos?

3) La insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo como una variable socialmente importante o válida. Este es el caso de casi todos los estudios que se hacen sobre los efectos de determinadas leyes o políticas, cuando se olvida que los sexos tienen género y que los efectos son distintos en cada sexo si se toma en cuenta los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización del tiempo y el espacio diferenciada para cada sexo, el menor poder del sexo femenino, etc. Cuando no se toma en cuenta las estructuras de género y las condiciones que éstas imponen diferenciadas para cada sexo / género es imposible identificar cuáles son los problemas que no se vieron para uno u otro sexo porque sencillamente la información no está presente.

En algunos casos la insensibilidad al género puede ser más bien la forma exagerada de androcentrismo que llamamos ginopia. Esto porque generalmente cuando se ignora la variable sexo como socialmente importante, implícitamente se está tomando al hombre varón como modelo de lo humano e invisibilizando totalmente a la mujer. Pero también puede suceder que la insensibilidad al género no sea una forma de androcentrismo, sino simplemente la ignorancia de la variable. Por ejemplo, cuando al tratar de mejorar la situación de la mujer rural, se promueven proyectos para elevar su nivel económico que no toman en cuenta su triple jornada laboral, su menor poder dentro de la pareja, etc., todo lo cual hace que estos proyectos lo que logran es elevar sus horas de trabajo, disminuyendo visiblemente su salud al disminuir sus horas de sueño.

En materia legislativa se da mucho esta forma de sexismo cuando se ignora la existencia de las mujeres en la promulgación de leyes supuestamente «genéricas». Pero también se da cuando se promulgan leyes que sí toman en cuenta a la mujer y hasta cuando le otorgan un derecho. Pensemos por ejemplo, en propuestas legislativas que aumentan las licencias por maternidad sin tomar otra serie de medidas para no afectar negativamente el acceso de la mujer al mercado laboral. Este tipo de medidas son insensibles al género, porque aunque la legislación está otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo.

De nuevo esta forma de sexismo se soluciona incluyendo la variable sexo / género en todo el quehacer humano, teniendo presente los roles desempeñados por cada sexo, la valoración que cada sexo recibe, la auto-estima, las horas trabajadas para dar cuenta de los efectos en cada sexo de una ley, una investigación o una política. Si se es sensible al género pero simplemente no existe información adecuada, lo correcto es señalar que no se tiene esa información para al menos no confundir los efectos en un determinado sexo.

Con respecto a la insensibilidad al género la pregunta que hay que hacerse es si se ha tomado en cuenta el hecho de que las mujeres somos menos valoradas, trabajamos más, estamos peor alimentadas, no tenemos propiedades, no somos consideradas «racionales» etc. Generalmente, si no se han tomado en cuenta las desigualdades entre los sexos es porque no se consideró la variable género como relevante y generalmente, aunque no siempre, esto es porque se considera que el sexo masculino es el representante de la humanidad y por ende, su experiencia, intereses y necesidades son las mismas que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres o, peor aún, que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres no son suficientemente importantes como para tomarlas en cuenta.

4) El doble parámetro es una forma de sexismo similar a lo que muchas(os) conocemos como la doble moral. Se da cuando una misma conducta, una situación idéntica y / o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para

uno y otro sexo, fundamentadas precisamente en el dicotomismo sexual y en el deber ser de cada sexo. Esta forma de sexismo la encontramos, por ejemplo, en la legislación de familia en Costa Rica donde el adulterio en el componente formal normativo es causal de divorcio para ambos cónyuges, y sin embargo en distintas sentencias de divorcio por esa causal, un mismo hecho –la infidelidad–, es evaluado distintamente si es cometido por el cónyuge de sexo masculino que si es cometido por la del sexo femenino.

En este caso la solución requiere la eliminación del doble patrón sustituyéndolo por un análisis que tome en cuenta las reales diferencias entre los sexos sin que por ello se discrimine o perjudique a ninguno. Aquí conviene también investigar si se está partiendo de estereotipos con respecto a los roles que deben desempeñar cada sexo y / o si se está partiendo de que los sexos son dicotómicamente opuestos sin tomar en cuenta sus grandes similitudes.

5) El deber ser de cada sexo. El sexismo que se manifiesta en el establecimiento de un deber ser para cada sexo, como su nombre lo indica, consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Por ejemplo, se considera «normal» que un adolescente afirme su identidad mostrando un comportamiento abiertamente agresivo hacia su padre al tiempo que se considera «anormal» que una adolescente afirme la suya mostrando un comportamiento similar hacia su madre. Vemos que se espera que el varón sea agresivo en la afirmación de su yo mientras que de ella se espera que no lo afirme del todo. Esta forma de sexismo se manifiesta muchísimo en los estudios que analizan los efectos en los y las hijas de que la madre trabaje fuera de la casa. Como es obvio, estos estudios parten de que el «rol» natural de la mujer es estar en la casa con los y las hijas, y aunque no estamos negando que ese fenómeno sí afecta a los y las niñas, el problema reside en que la realidad es distorsionada porque deja por fuera el impacto que también tiene en ellos el que el padre no se ocupe directamente de su bienestar físico y mental.

Ejemplos de leyes que contienen esta forma de sexismo los encontramos en los códigos penales cuando, por ejemplo, agravan una pena dependiendo de la “honestidad” de la víctima. También es muy común en las penas más largas que reciben las mujeres que cometen delitos violentos (delitos considerados “masculinos”) o en los beneficios que reciben las privadas de libertad

cuando se maquillan y visten “femeninamente”. Una pregunta que nos podemos hacer para descubrir este tipo de sexismo es: ¿Parte el texto o contexto de que cada sexo tiene un rol particular que desempeñar? Ejemplo: Artículo 35 del Código de Familia costarricense: «El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.»

6) El dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Las preguntas que se pueden hacer son: ¿Parte el texto de que los sexos son dicotómicamente opuestos? Ejemplo: El texto habla de que las mujeres son dulces y tiernas mientras que los hombres son duros y agresivos. Justifica el texto un comportamiento delictivo, como el abuso sexual en los hombres debido a que ellos son “seres movidos por sus apetitos sexuales” mientras que presenta a las mujeres como seres sin necesidades sexuales.

El doble parámetro, el dicotomismo sexual y el deber ser de cada sexo son manifestaciones del sexismo que se relacionan estrechamente con lo que las feministas hemos llamado el proceso de socialización patriarcal en donde se le atribuyen características dicotómicas a cada sexo (por ejemplo la mujer pasiva, emotiva, dependiente; el hombre agresivo, racional, independiente etc.), se jerarquizan esos atributos considerándose superiores los que están del lado masculino y se forman expectativas de conducta para cada sexo basadas en ese dualismo.

Con respecto al doble parámetro, el deber ser de cada sexo y el dicotomismo sexual, son muchas las preguntas que se deben hacer porque no siempre es fácil detectar estas formas de sexismo: ¿Usa el texto términos no complementarios para referirse a situaciones complementarias? Ejemplo: usa los términos «marido y mujer», «varón y hembra», en vez de usar términos complementarios como esposo y esposa, macho y hembra, hombre y mujer, etc. ¿Usa términos genéricos para referirse a los hombres de un grupo y específicos para referirse a las mujeres? ¿Usa la voz activa para referirse a los hombres, y pasiva para las mujeres? ¿Usa conceptos que son asimétricos? Ejemplo: madre desnaturalizada vs. padre desnaturalizado, hombre honesto vs. mujer honesta. ¿Usa conceptos cargados de valores di-

ferentes para referirse a diferencias socio-culturalmente establecidas entre los sexos? Ejemplo: habla de la «independencia» masculina y de la «dependencia» femenina. ¿Evalúa la misma conducta en ambos sexos, en forma diferente para cada sexo? Ejemplo: si un hombre corrompe a una mujer es sancionado por la ley penal pero no la inversa. ¿Se describen las características de cada uno de los sexos en forma muy distinta? Ejemplo: en un caso de robo de un automóvil realizado por un hombre y una mujer, se describe a la mujer como una mala madre mientras que no se dice nada sobre la forma en que el padre ejerce su paternidad.

Estas formas de sexismo son muy generalizadas e internalizadas de manera que hay que ponerles especial atención. Las preguntas que se pueden hacer en relación con ellas son demasiadas como para transcribirlas todas en este documento. Transcribí unas cuantas para dar una idea de cómo se debe tratar de identificar estas formas de sexismo. ¡Espero que cada lector(a) le agregue unas cuantas!

Entender el dicotomismo sexual es especialmente importante para las personas que trabajamos de una u otra forma con el fenómeno jurídico, porque éste responde perfectamente al Iado masculino del dualismo. Nótese que así como se cree que son los hombres los racionales, objetivos y científicos y sus experiencias son las que se perciben como «universales», también el derecho es considerado racional, objetivo y científico y es percibido como «universal». Sin embargo, así como los hombres no son siempre racionales, objetivos y sus experiencias no son siempre universales, tampoco lo es el Derecho. Y aunque muchas personas aceptan que el Derecho no siempre tiene esas características, generalmente consideran que, al menos, debe Tender a ser racional, objetivo, universal. Tal vez la reflexión que debemos hacernos es si para que el fenómeno jurídico refleje mejor las aspiraciones y necesidades de todas las personas, no sería preferible que se identificara también con el lado femenino del dicotomismo sexual, o mejor aún, que pudiera trascender ese dualismo artificialmente establecido y ser aceptado como un fenómeno, que como cualquier otro creado por los seres humanos, se puede ubicar dentro de un continuo entre lo racional y lo irracional, lo subjetivo y lo objetivo, lo particular y lo universal, etc.

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como «el otro» del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos

en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.

Sabemos que las mujeres no somos iguales entre nosotras. Unas tenemos más o menos poder que otras por pertenecer a clases, razas, etnias, edades, orientaciones sexuales, credos, habilidades, etc. más o menos privilegiadas. Por ello no podemos conformarnos con un análisis de género que nada más se pregunte sobre la pretendida neutralidad en términos de sexo de una ley o un principio, o que se pregunte dónde está la mujer, cómo le afecta a la mujer, etc. Sabemos que el género es una categoría o condición social-existencial que atraviesa todas las otras y que a su vez es atravesada por ellas.

Además, así como hemos luchado porque el hombre / varón no represente a la humanidad toda, no podemos permitir que un determinado tipo de mujer represente a todas las mujeres.

Esa conciencia de que las mujeres también somos desiguales entre nosotras nos lleva a hacernos las siguientes preguntas frente a un texto legal. ¿A cuál mujer excluye este texto? ¿A cuál mujer privilegia? ¿Cómo afecta este texto a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única «jefe de hogar», a una india, a una viuda, a una adolescente, a una profesional, etc.? Recordemos que hay derechos que se le otorgan a unas mujeres que producen discriminación a otras, como por ejemplo el «derecho» de la mujer casada a usar el apellido de su marido precedido de un «de». Este «derecho» permite, entre otras cosas, que se siga discriminando a la mujer soltera.

PASO 4: Buscar cuál es la concepción o estereotipo de «mujer» que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

Muchas mujeres tienen miedo a que se legisle en favor de la mujer, porque se han confundido las «protecciones» a la mujer-madre o mujer-reproductora o a la mujer-familia con protecciones o leyes para la mujer-persona. La identificación de la mujer-persona humana con la mujer-familia es precisamente una de las manifestaciones del sexismo como vimos en el PASO 2: «el familismo.» Si bien es real, aunque no natural, que la mujer está más ligada a la familia que el varón, esto no implica que la mujer no tenga necesidades como persona humana que es, que no son idénticas a las necesidades de la familia ni tampoco son idénticas a las necesidades del varón aunque sí

muy semejantes. Familia y mujer no son sinónimos; hombre y mujer son igualmente humanos e igualmente diferentes.

Por ello es necesario tener claridad con respecto, por un lado, a la diferencia ideológica que existe entre medidas correctivas que parten de que la mujer ha sufrido exclusión, discriminación y desigualdad y que por ende debe gozar de ciertos privilegios legales que compensen la desigualdad social, con medidas protectoras que parten de que la mujer es biológicamente diferente al hombre y que debido a esa diferencia debe ser tratada como un ser inferior. También hay que tener claridad con respecto al tratamiento que el derecho dé a las reales diferencias biológicas entre hombres y mujeres, para no confundir la necesidad de un trato diferente a cada sexo con la limitación de los derechos humanos de las mujeres, por el hecho de que somos nosotras las reproductoras biológicas de la especie humana.

Es decir, hay que tener claridad sobre la diferencia ideológica entre legislar para «proteger» a un ser débil o distinto / inferior al paradigma de ser humano que es el hombre / varón, y legislar para satisfacer necesidades que sólo sentimos las mujeres como miembros plenas de un grupo más grande que es el género humano. En el primer caso de este segundo planteamiento, la legislación es androcéntrica porque parte de que el modelo de ser humano es el hombre mientras que la mujer es «la diferente», «el otro» que necesita una protección especial (definida por ellos). En el segundo caso la legislación tiene perspectiva de género porque reconoce que las mujeres y los hombres / varones pueden tener necesidades diferentes, pero no privilegia las necesidades de uno sobre las necesidades de la otra, ni torna como parámetro de las necesidades humanas las necesidades de los hombres / varones, porque parte de que mujeres y hombres/varones son igualmente diferentes. En este caso ningún sexo es el paradigma de lo humano sino que se está partiendo de que ambos son uno de los dos sexos que se dan en el género humano y que ninguno puede representar a la humanidad toda.

Tal vez aquí valdría la pena dar un ejemplo ya que el concepto de que los hombres / varones y las mujeres somos igualmente diferentes y por ende ambos tenemos por igual diferentes necesidades, es algo que se sale del entendimiento convencional.

Debido a la necesidad que tienen los hombres / varones de protegerse contra imputaciones de paternidad debido a que por su sexo no pueden tener

entera certeza de ser los padres biológicos de una criatura, existen en casi todos los códigos una serie de artículos que regulan esta materia. Esta necesidad no la tenemos las mujeres y sin embargo a esas regulaciones no se les llama «protecciones especiales a los hombres / varones», mientras que los artículos que regulan, por ejemplo, las licencias por maternidad, son llamadas «de las protecciones especiales a las mujeres trabajadoras». ¿Por qué? Porque las necesidades de los hombres son percibidas, tanto por hombres como por mujeres, como necesidades de la especie toda, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas como necesidades específicas de ese «sector».

Si el derecho no fuera androcéntrico, si no tornara al hombre / varón como parámetro de lo humano, reconocería estas distintas necesidades de los sexos y las regularía de manera que ninguno de los dos viera sus derechos humanos limitados o violados.

Pero como sabemos que el sexismo existe, debemos tener dudas razonables ante las protecciones y derechos que la legislación nos brinde y por ello debemos:

- a) Ante un texto que «supuestamente» otorga un derecho a la mujer o le prohíbe hacer alguna cosa, preguntarnos:

¿Cuáles son las razones objetivas para otorgar ese derecho sólo a las mujeres? ¿En realidad no lo necesitan también los hombres/varones? ¿Se está identificando mujer con familia (y dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie)? Es decir, ¿es un verdadero derecho de la mujer o es un derecho de la familia? ¿A quién conviene realmente que se especifique el sexo del sujeto a quien va dirigido ese «derecho»? ¿Habrá un derecho no explicitado para alguien que está implícito en el derecho que se le otorga a la mujer? ¿Quién es el sujeto del derecho no explicitado? Si el sexo está explicitado es necesario preguntarse si esa «protección» o ese derecho está justificado, si beneficia verdaderamente a la mujer, es decir, si responde a una necesidad sentida por ella. Si la respuesta es afirmativa, hay que hacerse otra pregunta: ¿Cómo se lograría este mismo beneficio sin esta «protección»?

En caso de prohibiciones, hay que hacerse las mismas preguntas: ¿Están justificadas?, ¿perjudican a la mujer?, etc. Si están justificadas pero perjudican a la mujer, habría que preguntarse si no hay otra manera de lograr el mismo

fin sin discriminar a la mujer, También hay que preguntarse si ese tratamiento diferente está pensado desde la realidad de la mujer como persona o si se está identificando a la mujer como ser reproductor de la especie y nada más, o como madre y nada más, o como futura esposa, responsable de los y las niñas, etc.

- b) Ante un texto que se refiere a «ambos sexos» o a «los seres humanos» o a «*el hombre*» en términos (supuestamente) genéricos, buscar y reflexionar sobre:

Si el texto cae en familismo. Si se conceptualiza al hombre / varón como totalmente ajeno a la familia o sólo como el proveedor material. Si se especifica el sexo de la jefa de familia sólo cuando ésta es una mujer pero cuando es un hombre lo deja en (supuestamente) términos genéricos. Hay que preguntarse si el sujeto de derechos u obligaciones que contempla esa ley podría ser un hombre / varón o una mujer y si en ambos casos los efectos serían los mismos. Hay que preguntarse quién gana con el hecho de que no se explicita el sexo del sujeto de derechos u obligaciones.

- c) Ante un texto que les impone obligaciones sólo a los hombres, hay que preguntarse:

¿Cuál es la razón de imponérselas sólo a los hombres/varones? ¿Serán obligaciones que implican un gran poder sobre las personas hacia quienes se tiene esa «obligación»? ¿Cuál es el concepto de hombre y cuál es el concepto de mujer que fundamenta la diferencia?

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta los tres componentes del fenómeno legal. Es decir, si es un proyecto de ley (componente formal normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes político-cultural y estructural. Si es una doctrina jurídica, (componente político-cultural) ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc.

En este paso usará como ejemplo un proyecto de ley, digamos que un anteproyecto de Código de Familia, para mostrar cómo esta metodología sirve para su análisis. El fin de analizar un proyecto de leyes identificar sus

sesgos androcéntricos, para proponer otra redacción con el objetivo de que no se convierta en otra ley más que discrimine a las mujeres. Esto conlleva dos tareas:

Tarea No.1: Tomaremos en cuenta todos los aspectos de los componentes para tener una idea del contenido que la gente y las cortes le darán a esa redacción en particular. Para ello nos haremos algunas de las siguientes preguntas pudiendo empezar por la que nos sea más fácil de contestar. Si habiendo contestado sólo algunas de éstas nos darnos cuenta que es parcial al género masculino, no es necesario contestarnos todas las preguntas. Pero si no encontramos sesgos sexistas, sí es necesario hacernos todas estas y más preguntas hasta estar totalmente convencidas(o) de que la redacción no tendrá *Por resultado* la discriminación de la mujer. Recordemos que hemos partido de que el sexismo existe y que está en todo el quehacer humano de manera que nuestra tarea es identificarlo para eliminarlo en la medida de lo posible.

2.1. En el componente político-cultural:

a) Con relación a quiénes redactaron la ley: 1- ¿Quién o quiénes la redactaran? 2-¿Cuántas mujeres participaron? 3-¿Había mujeres (u hombres) comprometidas con la eliminación de la discriminación contra la mujer? 4-¿Qué piensan los hombres que redactaron ese proyecto de ley sobre la desigualdad entre hombres y mujeres? 5-¿Qué objetivos tenían para querer cambiar el estado actual? 6- ¿Qué cosa o a quiénes querían proteger? 7-¿Qué privilegios se mantienen, cuáles se modifican, cuáles están siendo eliminados? etc.

b) En relación a la doctrina jurídica que podría servir para sustentarla o frenarla: 1-¿Qué se ha escrito sobre la conducta que esa ley pretende regular? 2-¿Qué dice la doctrina jurídica que está de moda? 3-¿Hay contradicciones entre las distintas ideas expuestas? etc.

c) En relación a las leyes no formalmente promulgadas que se puedan encontrar en el componente político-cultural: 1-¿Cómo es la actitud de la mayoría de la gente con respecto a la conducta que se pretende regular? 2- ¿Cómo se diferencian los hombres y las mujeres en ese respecto? 3-¿Se sabe realmente lo que las mujeres piensan en relación con esta conducta o solamente se ha escuchado y registrado la voz masculina? 4-¿Sobre cuáles mitos

descansa la conducta? 5-¿Existen reglas sociales, religiosas, tradicionales, que regulan esta conducta? 6-¿Hace la propuesta de ley referencia a esas reglas sociales, religiosas, tradicionales, etc.?

2.2. En el componente estructural:

d) En relación a quienes van a interpretar y aplicar la ley en cuestión nos preguntaremos: 1-¿Quiénes son? 2-¿Cómo se han comportado en el pasado con respecto a la conducta que se pretende regular? 3-¿Qué actitudes tienen frente al sexismo, por ejemplo, consideran que el sexismo afecta la forma en que se administra justicia o creen que es un fenómeno aislado? 4-¿Qué procedimientos existen para la interpretación de esa ley? 5- ¿Qué condiciones materiales hay para su vigencia y efectividad? 6-Si no las hay, ¿conviene esa redacción?

e) En relación al acceso que tengan las mujeres a la administración de justicia, nos preguntaremos: 1- ¿Prevee la redacción de este artículo o ley las dificultades que enfrentan las mujeres frente a la administración de justicia? 2- ¿Toma en cuenta el poco valor que se le da a la palabra de la mujer, la dificultad que tiene para expresarse, el poco acceso a aportar «evidencia contundente», su baja auto-estima con respecto a la del hombre, etc.? 3- ¿Toma en cuenta el que las mujeres no tienen las mismas facilidades que tienen los hombres para llegar a los centros de población, para acercarse a los policías, para hablar de igual a igual con un funcionario? 4- ¿Toma en cuenta las consecuencias que pueda sufrir la mujer en el caso de que pueda acceder a la administración de justicia?

2.3. En el propio componente formal-normativo:

f) En cuanto a la redacción en sí de cada artículo o numeral, nos preguntaremos: 1-Si se trata del reconocimiento de un derecho humano para las mujeres, ¿es verdaderamente un derecho lo que se está otorgando? 2-Si es un derecho, ¿por qué sólo se le otorga a la mujer? 3-¿Qué estereotipos se refuerzan con este «derecho»? 4- ¿Quién es el modelo o paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley? 5-¿Contempla esta ley las diferencias entre hombres y mujeres; entre mujeres? 6-¿Qué otras leyes regulan

esta misma conducta o conducta similar? ¿Hay contradicciones? 7-¿Está confundiendo esta ley a la mujer con la familia? ¿A la mujer con la madre? 8-¿Es verdaderamente neutral en términos de género?

Veamos un ejemplo concreto para explicar el método que yo utilizo para analizar una ley o un artículo de una ley:

Tomemos el siguiente artículo del anteproyecto de Código de Familia de El Salvador:

Artículo 40.- Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

La redacción literal de este artículo es su componente formal-normativo. A primera vista nos parece muy bueno pues establece la igualdad de derechos y deberes. Sin embargo, en este componente hay que buscar las palabras que puedan tener diferentes significados para diferentes personas. Por ejemplo, «igualdad» es un concepto abstracto que debe ser llenado de contenido. Este llenar de contenido es un trabajo ideológico que harán las cortes, la policía, los bancos, las oficinas administrativas, etc. cuando les toque interpretar o aplicar este artículo ante un determinado problema o petición.

Es en este momento en donde nos debemos hacer la primera pregunta: ¿Será esta redacción «neutral en términos de género»? Es decir, ¿afectará esta ley a hombres y mujeres por igual?

Para contestarnos esta pregunta es importante analizar los otros dos componentes de este artículo.

¿Cuál será su componente estructural, es decir, el contenido que las cortes, la procuraduría, la policía, los bancos, etc. le darán a este artículo? A primera vista pareciera que no lo podríamos saber porque todavía no era ley de la República de El Salvador. Sin embargo podemos tener una idea de como será aplicado e interpretado si vemos que este artículo no establece un principio nuevo sino que es el desarrollo lógico del Artículo 3 de la Constitución Política de la República de El Salvador que establece que todas las personas son iguales ante la ley y que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad, raza, SEXO, o religión.

Aquí nos hacemos de nuevo la pregunta: ¿Es neutral en términos de género la redacción de este principio constitucional? Es obvio que no ya que

las estadísticas demuestran que las mujeres sufrimos discriminación en todos los campos por lo que podemos concluir que la redacción de este principio favorece al sexo masculino. Es decir, este principio tiene, no por objeto, pero sí *Por resultado* la discriminación de la mujer.

También nos preguntaremos: ¿Cómo han interpretado y aplicado las cortes, la policía y todas las oficinas administrativas esta «igualdad» y esta prohibición a hacer restricciones que se basan en diferencias de SEXO? Por las mismas razones esgrimidas en el párrafo anterior, sabemos que se han aplicado de manera androcéntrica, tratando a la mujer igual al hombre –parámetro de lo humano– en el tanto y en el cuanto la mujer ES igual al hombre, pero discriminándola en el tanto y en el cuanto la mujer presente diferencias con respecto a ese parámetro de lo humano: el hombre.

Cuando nos hemos contestado estas preguntas podemos hacérmolas de nuevo al analizar el componente político-cultural de este artículo.

¿Cuál es ese componente cultural? El componente cultural será el contenido que las y los salvadoreños en general le dan al principio de igualdad entre los sexos, así como lo que dice la doctrina sobre la igualdad de los cónyuges. Y por supuesto, las actitudes que tengan los y las salvadoreñas frente a la igualdad de los cónyuges y el empleo que le darán una vez que tengan conocimiento de la redacción de este artículo.

Así que aquí nos volvemos a hacer la pregunta: ¿Es neutral en términos de género el contenido que los salvadoreños y las salvadoreñas le dan al principio de igualdad? ¿Es neutral en términos de género la doctrina que habla de la igualdad de los cónyuges? Pareciera que no. Veamos algunos elementos que muestran un claro sesgo androcéntrico.

El Dr. Gerardo Trejas, reconocido jurista costarricense y asesor del equipo salvadoreño que redactó el anteproyecto, afirmó en una conferencia en el acto de entrega del anteproyecto lo siguiente:

Por ahora me interesa destacar la desaparición, en el anteproyecto, de la odiosa discriminación de que es objeto el cónyuge declarado culpable en el juicio de divorcio. Como es sabido, en la legislación vigente de El Salvador únicamente el cónyuge inocente recobra la aptitud nupcial. El esposo culpable no puede contraer nupcias durante los tres años posteriores a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio. Esta norma de derecho vigente viola claramente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y

ratificada por El Salvador, cuyo artículo 17, párrafo segundo, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas (las leyes internas) no afecten el principio de no discriminación establecido en el Art. 1 de la Convención Americana.

Pues bien, en el anteproyecto, en el Art. 120, los cónyuges recobran la libertad nupcial, hayan sido o no declarados culpables. Y sigue el autor citando una sentencia de la Corte Europea que consideró violatoria a los derechos humanos una prohibición similar en Suiza. Luego elogia el anteproyecto por considerarlo un hermoso esfuerzo para cumplir con las convenciones y tratados en materia de derechos humanos.

Aquí es importante que nos hagamos la pregunta: ¿Quién es el parámetro o modelo de esa «libertad nupcial»? ¿Quién es el beneficiario? Si leemos el Artículo 21 del anteproyecto tendremos muy claro el panorama:

Artículo 21.- La mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto o anulado, no podrá casarse antes de haber transcurrido trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, salvo que hubiere dado a luz antes de vencerse dicho plazo, que compruebe que no está embarazada o que el divorcio hubiere sido decretado por separación.

El Dr. Trejas ni siquiera hace una breve mención de este Artículo 21 para defender su necesidad, por las razones androcéntricas que sean, cuando elogia la derogación de la odiosa prohibición de contraer nuevas nupcias. Pareciera que para este autor, el que a la mujer se le prohíba contraer nuevas nupcias hasta transcurridos trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, con ciertas salvedades, no constituye una violación a los derechos humanos porque sólo se le prohíbe a la mujer (que aparentemente no es suficientemente humana como para gozar del derecho humano a la libertad nupcial). Si la libertad nupcial que pretende el Artículo 120 no se ve limitada o afectada por ese Artículo 21, es porque no se está pensando en la mujer cuando se habla de «libertad nupcial».

Esta prohibición del Artículo 21 podría pensarse que no es tan importante ya que no serán tantas las mujeres que no puedan contraer nuevas nupcias debido a esa prohibición. Su importancia radica en que nos da una luz de quién es el paradigma del sujeto de derechos que este anteproyecto de ley establece y obviamente, el paradigma es el sujeto de sexo masculino.

Estos dos artículos también nos dan una luz con respecto al contenido que los redactores de este anteproyecto le dieron al principio de igualdad de los cónyuges. Pareciera que la igualdad que concibieron es aquella en que la mujer será tratada como igual al hombre en todo lo que se le parezca pero en el momento que la mujer presente diferencias con respecto al hombre –parámetro de lo humano– será tratada desigualmente, con menos derechos y privilegios. Es decir, el derecho familiar formalmente promulgado dará a las mujeres un trato igual al hombre mientras no se presenten diferencias entre los sexos, pero cuando éstas surjan, la mujer verá limitados sus derechos precisamente por ser diferente al parámetro de lo humano: el hombre de la especie.

Aquí es obvio que el paradigma fue el hombre / varón y lo peor del caso es que ni se menciona que en este campo hay diferencias. Implícitamente se parte de que las mujeres podemos gozar de esos derechos en el tanto y en el cuanto «calcemos» dentro del prototipo. Cuando nuestro sexo o nuestro género nos diferencien, el derecho nos tratará desigualmente. Es obvio que para los y las redactoras, las mujeres y los hombres no somos igualmente diferentes, con derecho a ser tratados(as) diferentemente –aunque no desigualmente– por el derecho cuando así lo amerite. En este caso en particular, es posible que sí se amerita un tratamiento diferente debido a la capacidad reproductiva de la mujer, pero en ningún modo ese trato diferente tiene que implicar una limitación de un derecho humano. Siempre hay soluciones no sexistas si se buscan.

Volviendo al método, y a las preguntas que nos hemos hecho, pareciera que del análisis de la doctrina y las actitudes de los y las salvadoreñas, así como la interpretación que le han dado quienes administran justicia, la igualdad entre hombres y mujeres en El Salvador, como en cualquier país del mundo, sólo existe en el componente forma-normativo, cuando existe. Esto nos lleva a preguntarnos cómo redactar este principio para que no institucionalice la desigualdad al tiempo que la toma en cuenta. Cerrar los ojos a las diferencias reales que existen entre los sexos y a las desigualdades también reales que existen entre los géneros, es tal vez tan discriminatorio como legislar discriminando abiertamente a la mujer. Encontrar la forma de legislar partiendo de que las mujeres y los hombres somos *Igualmente* diferentes es un gran reto que debe ser asumido colectivamente y ese es precisamente el último paso del método que yo he desarrollado con la ayuda de muchas. Pero veamos primero cuál es la segunda tarea en este *Paso 5*.

Tarea No.2: Una vez que nos hemos contestado las preguntas que arriba se formulan y todavía otras que usted lector(a) puede agregar, veremos si es posible redactar la ley para el componente formal normativo de manera que afecte al componente político-cultural en la forma deseada, es decir, de manera que cambie la forma de pensar androcéntrica y de manera que derogue las leyes no escritas que se encuentran en los componentes político-cultural y estructural. También nos cuidaremos de que la redacción no se preste a interpretaciones no deseadas y velaremos porque la redacción de la ley tome en cuenta los otros aspectos del componente estructural con el objetivo de que no sea letra muerta.

Así, por ejemplo, si queremos promover la igualdad de los cónyuges, tenemos que tener presente aspectos del componente político-cultural tales como las actitudes de los y las legisladoras que posiblemente sean sexistas y / o androcéntricas. Tenemos que tener presente que: a) un gran porcentaje de la población salvadoreña, según un estudio de Martín-Baró, no cree en la igualdad de los cónyuges; b) que existen otros artículos y otras leyes que contradicen esa igualdad; c) que social y económicamente los cónyuges no están en un plano de igualdad; ch) que los hombres / varones tienen más libertad de tránsito y por ende tienen más acceso a la administración de justicia; d) que es más fácil que un funcionario judicial o policial le crea a un hombre / varón que a una mujer; e) que generalmente los hombres / varones tienen más acceso a pruebas documentales, etc.

Una vez que se tienen claros los aspectos culturales y estructurales, y se tiene conciencia de la influencia de la redacción de una ley sobre las actitudes y de cómo una ley puede conformar la forma de pensar de la gente, se puede buscar cuál es la mejor redacción que deba tener una ley para lograr una real igualdad de los cónyuges de manera que al tiempo que institucionaliza esa igualdad, lo haga de forma que tome en cuenta las desigualdades existentes en el componente político-cultural.

Por otro lado si se sabe que en El Salvador, por ejemplo, existe el problema del poco acceso a la administración de justicia por parte de la mayoría de las mujeres y se puede suponer que la mayoría de los y las juezas tienen actitudes sexistas, se tendrá que buscar una redacción que tome en cuenta estos factores, buscando la manera de hacer más accesible la justicia y tratando de obviar de la mejor manera posible los posibles preconceptos y pre-

juicios de los y las juezas. Como lo señalé arriba, esta tarea debe ser asumida colectivamente como se explicará abajo en el *Paso 6*.

Pero en este paso lo que más me interesa enfatizar es que es indispensable que las personas que han tomado conciencia de la subordinación de las mujeres y que han profundizado en el análisis de los textos legales para identificar los sesgos androcéntricos, dicotómicos, etc., sean las mismas que redacten las propuestas y modificaciones a esos textos, aunque después tengan que buscar la colaboración de un o una jurista que pueda traducir lo deseado en un lenguaje suficientemente jurídico como para ser aceptado por los y las técnicas de las asambleas legislativas.

Como he venido diciendo, no se puede redactar una ley que no tenga por resultado la discriminación de las mujeres si no se ha tomado conciencia de la extensión y profundidad de su subordinación. Estoy consciente de que muchas mujeres se sienten intimidadas ante la tarea de redactar una ley porque piensan que no tienen la capacidad para ello. La solución a este miedo está precisamente en tomar conciencia de que no habrá nadie mejor capacitada(o) para entender qué se necesita para eliminar la discriminación que la persona que la ha vivido en carne propia, la ha conscientizado y luego, colectivizado. Además, como dije anteriormente, una vez que se tiene claro cuáles son las necesidades que se desean cubrir, cómo es el derecho que se quiere disfrutar, o cuál es la conducta que se desea modificar, se puede contar con la asesoría de personas que han sido entrenadas en el discurso jurídico. Lo importante es que esas personas sean vistas y se vean a sí mismas como asesoras y no como las dueñas de un conocimiento esotérico.

PASO 6: Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de conscientización que es, como lo he venido diciendo, el paso previo a cualquier análisis de un texto legal, ya que sin la toma de conciencia de que las mujeres por nuestro sexo, somos subordinadas y discriminadas, ni siquiera se puede iniciar un cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género.

Colectivizar el análisis con distintos grupos de mujeres (y hombres solidarios y *concientes de sus privilegios*) le dará al texto una mayor garantía de no ser excluyente de un sector, grupo o clase de mujeres. Este paso se puede

realizar tanto en un seminario taller formalmente organizado o informalmente alrededor de una taza de café. También se puede hacer manteniendo una actitud atenta a lo que expresan mujeres de grupos o clases distintas a la mujer (u hombre solidario) o grupo que primero hizo el análisis.

Con respecto a los hombres / varones que puedan ser solidarios hay que tener mucho cuidado. Muchas veces ellos tienen, al igual que el derecho, una actitud pro mujer sólo aparente pero en el fondo siguen considerándose a sí mismos el paradigma de lo humano o creyendo que los privilegios que gozan son «naturales». Por ejemplo, muchos hombres/varones manifiestan orgullosamente que ellos «apoyan» en todo a su compañera de vida y que se sienten felices de que ella se «realice» en su oficio o carrera y como persona humana que es, pero una investigación ni tan siquiera profunda de su comportamiento en el hogar muestra que ese «apoyo» no implica el que ese hombre asuma por igual el trabajo doméstico y el cuidado de los y las hijas, que esté al tanto de las distintas necesidades emocionales y sexuales de ella, o que se haya dado verdadera cuenta de los privilegios y servicios que recibe de parte de otras mujeres por pertenecer a un sexo supervalorado.

Para finalizar, quisiera agregar que como la ampliación de las perspectivas y la teorización de la experiencia es un proceso de conscientización, éste es el primero y último paso de cualquier metodología feminista. Es el primero por las razones ya señaladas, y es el último, porque los análisis que en cierta medida son teoría, son a su vez experiencias que deben ser articuladas en otros grupos fuera del que los vivió para de nuevo recomenzar el proceso de colectivizar las experiencias y teorizar sobre las mismas, para con esa teoría revalorar y modificar las experiencias anteriores.

Lógicamente, planteado de esta manera, el proceso nunca terminaría, de manera que se le puede poner fin cuando estratégicamente se piense que, tratándose de un proyecto de ley, ya tiene suficiente apoyo popular o, si se trata de una investigación u otro estudio, excluye al menor número de seres.

Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género*

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. La categoría género y el Derecho. II. La Facultad de Jurisprudencia es patriarcal y oprime a mujeres y a hombres. III. El Derecho discrimina a las mujeres. IV. Conclusiones y sugerencias.

Introducción

Tengo que reconocer, con mucha modestia y hasta con cierta vergüenza, que yo he aprendido el Derecho pretendiendo enseñarlo. Cuando di mi primera clase sobre Género y Derecho algo intuía sobre el tema. Iba (y sigo yendo) al mismo ritmo que mis estudiantes: de los prejuicios a la reflexión y a la conciencia. En este camino me he encontrado con varias sorpresas.

Una de las sorpresas más grandes ha sido descubrir que el Derecho puede ser analizado desde múltiples perspectivas críticas, diferentes al positivismo jurídico, y en particular que el abordamiento desde el género cuestiona las bases

* Ramiro Avila Santamaría, “Crítica al derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el género”, en *Ruptura*, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, Tradingstate Grafacorp, 2006, pp. 237-269.

mismas del conocimiento jurídico con miras hacia una regulación más equitativa de las relaciones sociales. Entender, por ejemplo, que algunas conquistas jurídicas, que desde el formalismo son absurdas, son necesarias por ser justas¹.

La otra sorpresa, no menos impactante, ha sido el escuchar en clases innumerables testimonios sobre lo difícil que es para una mujer estudiar en igualdad de condiciones que los hombres, y tener que aguantar cotidianos tratos discriminatorios por parte de profesores y compañeros.

Así que sobre estas dos sorpresas pretendo reflexionar en este artículo. En primer lugar, abordaremos la categoría de género para poder analizar tanto al Derecho como a las relaciones en la Facultad de Jurisprudencia.; en segundo lugar, en base a testimonios de alumnos y alumnas, narraremos algunos hechos que son abiertamente intolerables desde la categoría de género; en tercer lugar, y gracias a varios trabajos realizados por estudiantes de la clase Género y Derecho, expondremos sumariamente algunas normas jurídicas, pretenderemos demostrar su construcción masculina y su efecto discriminatorio. Finalmente, a manera de conclusión, requeriremos de la Facultad de Jurisprudencia políticas concretas y dirigidas para evitar la opresión a las mujeres en la Facultad, y sugeriremos ampliar los estudios de género en relación al Derecho.

I. La categoría género y el Derecho

El análisis de género es complejo. Primero porque hay diversas formas de entenderlo² y, segundo, porque al abordar la realidad en que se producen las

1 Por ejemplo, la concepción de legítima defensa desde el género. La legítima defensa requiere actual agresión ilegítima y proporcionalidad de los medios. Esta figura fue pensada para ser aplicada en espacios públicos y cuando los agresores son hombres. Sin embargo, cuando quien agrede a una persona de la pareja, entonces, para resolver con justicia, la interpretación tiene que cambiar. La única forma de que exista proporcionalidad de medios es cuando el agresor hombre está dormido. Esto es inconcebible desde la dogmática penal, pero está muy claro en la jurisprudencia norteamericana. Alguna vez se leyó un texto sobre esto en una clase. Un estudiante que trabajaba en el Ministerio Público consultó con sus jefes abogados fiscales. Le dijeron no sólo que es absurda, sino estúpida la interpretación. El texto en mención era el de la Jurista Joan Willians, "Igualdad sin discriminación", en *Derecho y Género*, 1999, pág. 92 (reproducido en esta publicación).

2 Existen varias escuelas feministas que tienen perspectivas diferentes: las igualitaristas (liberales, socialistas), las diferencialistas (esencialistas, radicales, ecologistas) y las constructivistas. Para más detalle,

relaciones de género, se funden muchas categorías que multiplican la inequidad³, como la etnia, la edad, la clase social, la condición de migrante.

Para efectos de este ensayo, entenderemos al género desde dos perspectivas:⁴

1. El género es un elemento constitutivo de las **relaciones sociales**: los hombres y las mujeres, en sociedad, tienen roles diferenciados basados en el sexo, que son construidos culturalmente. Tanto las características del hombre como de la mujer, sus formas de pensar, de hablar y de comportarse son **construidas social y culturalmente**. Es decir, el sexo no determina el comportamiento sino la cultura. Por eso la famosa frase de Beauvoir: la mujer no nace, se hace⁵, y el hombre, igualmente, no nace, se construye y con esfuerzo⁶. Las personas tenemos **expectativas de comportamiento** en relación al otro sexo. Por ejemplo, se espera que las mujeres tengan “instinto de maternidad”, sean tiernas, dulces y bellas, y se espera de los hombres que sean protectores, fuertes, decididos. Más evidente, en la formalidad, la manera de vestirse: no se concibe un hombre con vestido rosado y zapatos de taco, o una mujer con corbata y zapatos “de hombre”. Nos encuadramos, a veces sin darnos cuenta, a las expectativas sociales.

Isabel Cristina Jaramillo, La crítica feminista al derecho, estudio preliminar en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 27-66 (reproducido en esta publicación).

- 3 Creer que la categoría de género es suficiente para resolver los problemas de inequidad es una ingenuidad. Sin embargo, los estudios de género son valiosos en el sentido que se los puede aplicar a otras categorías prohibidas (como la distinción por edad, nacionalidad, etnia, ideología) en la obligación de no discriminar. Sobre estos análisis complejos, conviene leer a Nancy Fraser, el ensayo “Redistribución y reconocimiento” en *Justitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pág. 17-94.
- 4 Estos conceptos son tomados de Mara Viveros (quien a su vez se basa en las teorías desarrolladas por Joan Scott), “Notas en torno a la categoría analítica de género”, en *Ética, Masculinidades y Feminidades*, compilado por Angela Robledo, Bogotá, CES Universidad Nacional de Colombia, 2000, pág. 56-85
- 5 “On ne nait pas femme: on le devient”, en Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe* 11, Folio essais, 38, Gallimard, France, 1976, pág. 13.
- 6 Elisabeth Badinter, “El enigma masculino, la gran X”, en *XY la identidad masculina*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993, p. 14-56 (reproducido en esta publicación). Lo mismo dicho por un hombre: Humberto Abarca Paniagua, “Discontinuidades en el modelo hegemónico de masculinidad” en *Feminidades y masculinidades*, Mónica Gogna (comp.), Buenos Aires, CEDES, 2000. pp. 193-244. Ver también Xavier Andrade, *Masculinades en Ecuador*, Flacso Unfpa, Ecuador, 2001.

2. El género es un elemento constitutivo de *relaciones de poder*. Existe una relación de dominación masculina y de sumisión femenina⁷. El hombre puede “legítimamente” y de forma “natural” gozar de ciertas libertades; la mujer, en cambio, debe someterse a ciertas restricciones. Por ejemplo, donde es más evidente, es en la forma como se experimenta la sexualidad. El hombre explora su sexualidad de forma violenta y repetida desde los primeros años de adolescencia; la mujer, en cambio, se someterá a la vigilancia masculina (padre, hermano mayor, esposo) para que cuide de su “virginidad” y se refleja en cuestiones tales como el permiso y necesidad de compañía en eventos sociales nocturnos. Nadie negará, si es hombre, que el tener muchas relaciones sexuales en nuestro medio es una virtud. La misma conducta, en las mujeres, es un terrible defecto.

En cuanto al análisis del Derecho desde el género, para mejor entender estas relaciones sociales y de poder, me voy valer de tres supuestos: el dualismo en las diferencias, la valoración y jerarquización de las diferencias y el derecho como forma de reproducción de los valores masculinos⁸.

(1) El pensamiento racionalista imperante es **dicotómico**. La realidad es dividida en polos opuestos: activo/pasivo, razón/emoción, universal/particular, pensamiento/sentimiento; igual desde el análisis del Derecho: lícito/ilícito, culpable/inocente, justo/injusto. Todas las diferencias se establecen en función de sus contrarios. El hombre se define por oposición a la mujer. De hecho, este modelo es ampliamente difundido no sólo por la filosofía, por ejemplo la dialéctica (tesis/antítesis), sino también por los medios masivos de difusión (los personajes buenos y malos, racionales y esencialistas –no casualmente relacionados respectivamente con hombre y mujer– de las películas son fácilmente distinguibles⁹). En ese dualismo, los elementos

7 Nótese, y esto encontrarán a lo largo del ensayo, que no pretendemos hablar de hombres y mujeres en concreto, sino de características del sistema patriarcal en cuanto a las caracterizaciones de lo masculino y femenino que culturalmente les atribuimos.

8 Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 25-44 (reproducido en esta publicación).

9 Para un análisis crítico de las películas y la difusión de roles, en particular las de Walt Disney, que son las que moldean a nuestros niños y niñas, y que aparecen con mensajes aparentemente neutros, ver Ariel Dorfman y A. Manelart, *Para leer al Pato Donald: comunicación de masa y colonialismo*, Siglo XXI editores, Argentina, Décima edición, 1974, pág. 37.

son sexualizados . Así, el hombre es activo, racional, universal, pensador, a quien le corresponde el espacio **público**; la mujer es pasiva, emocional, concreta, sentimental, quien, para no tener conflictos, tiene que ubicarse en el espacio **privado** y, con esas cualidades, dedicarse a las labores de cuidado¹⁰.

(2) El problema ocurre cuando damos un valor a esas diferencias y establezco **jerarquías**. La consecuencia, en términos de poder, es que las características masculinas se consideran positivas y superiores, y las femeninas negativas e inferiores. En este dualismo lo masculino (no importa si es hombre o mujer quien lo ejerce) domina a lo femenino. Para ilustrar esta afirmación, baste sostener que el trabajador ideal para cualquier empresa es aquel identificado con lo masculino: puede dedicarse mayor tiempo al trabajo, no se embaraza, no tendrá permisos de lactancia, no se ocupará de labores de cuidado que son “extra laborales”, podrá realizar tareas fuera del lugar de domicilio¹¹.

(3) Las dicotomías y las jerarquías, en el Derecho y en su aplicación, producen normas y prácticas discriminatorias¹². Da igual si las jerarquías de valor se invierten a favor de las mujeres, seguiría promoviendo una estructura discriminatoria.

La propuesta de género, como lo entendemos, pretende eliminar las dicotomías, las jerarquías y contar con un Derecho que en lugar de controlar, emancipe. En este ensayo, por tanto, no se sugiere que lo masculino sea ne-

10 Sobre las características de lo público, que no solo es el Estado sino la calle, la participación social, y lo privado, que no solo es la familia sino también la sexualidad, ver Romany Celina, “La responsabilidad del Estado se hace privada”, en *Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales*, editado por Rebecca Cook, Bogotá, Profamilia, 1997, pág. 81-104

11 Joan Willians, op. cit., pág. 77

12 Podría decirse que, desde una perspectiva sin análisis de género, Norberto Bobbio, que es uno de los filósofos más conocidos en nuestro medio, llegaría al mismo resultado, en un ensayo que se denomina “la teoría del prejuicio”. Bobbio considera que el camino para la discriminación está conformado por tres fases: (1) el reconocimiento que existe una diferenciación natural, como por ejemplo ser biológicamente hombres y mujeres, negros y blancos; (2) que esta diferenciación natural da lugar a una diferenciación cultural, que implica una valoración, como por ejemplo, el hombre es racional y la mujer emocional, que es lo que Bobbio llama un prejuicio; (3) el acto que se basa en el prejuicio es necesariamente discriminatorio.

gativo y lo femenino positivo, sino sólo se describe su existencia y la necesidad de su transformación.

Este sencillo modelo teórico, de profundas consecuencias para las vidas de las personas, se lo reproduce y perfecciona constantemente desde muchos espacios, como la familia, la escuela, la calle, el trabajo; y desde muchas formas, como la educación, la religión, el chisme, la propaganda.

El espacio que nos preocupa es la Facultad de Jurisprudencia. La forma que nos interesa, por el momento, es el Derecho. Pretenderemos demostrar que la Facultad y el Derecho son patriarcales¹³ con un fuerte énfasis masculino y que, desde sus ámbitos de regulación, discriminan a quienes manifiestan lo femenino.

II. La Facultad de Jurisprudencia es patriarcal y oprime a mujeres y a hombres¹⁴

Hemos afirmado que la cultura patriarcal, comúnmente conocida como machismo, se difunde por hombres y mujeres, de varias formas, como mediante el Derecho, y en varios espacios, como la Facultad de Jurisprudencia.

Cuando un ambiente tiene predominio de valores atribuidos a los hombres, lo llamaremos **ambiente masculino**. Hay unos ambientes más masculinos que otros¹⁵. Las instituciones patriarcales pregonan y practican un modelo

13 Entenderemos por patriarcal el sistema en el que predomina lo masculino y lo femenino está sometido o controlado.

14 Este acápite no corresponde a un estudio científico ni tampoco pretende generalizar. El término profesor y profesora denota la intención de no determinar a personas en concreto. Esta parte del ensayo simplemente refleja y describe algunas manifestaciones de un ambiente masculino que oprime. Queda por investigar técnica y profundamente, las relaciones de profesores con alumnos y alumnas, estudiantes con administración, administración con academia, la homofobia, el acoso sexual, el lenguaje, la participación política. Este ensayo es una primera aproximación y la manifestación de una preocupación que no puede ser desapercibida. Los testimonios fueron recogidos en conversaciones con estudiantes (focus group) y por correos electrónicos enviados en el mes de Noviembre de 2006. El ámbito de referencia es la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

15 Por ejemplo, nadie negará que las instituciones de disciplina y jerarquías marcadas, como las militares, son extremadamente masculinas. Toda institución en una cultura patriarcal tiene influencia masculina, desde la familia hasta el Estado.

de ser humano ideal: **hombre, racional, activo, universal**, a veces fuerte y agresivo. Por el contrario, las características que se consideran femeninas son rechazadas, menospreciadas, utilizadas o invisibilizadas: mujer, emoción, pasivo, concreto, a veces delicadas y bellas. Las mujeres en ambientes masculinos están expuestas a sutiles y a veces cínicos actos discriminatorios.

El análisis puede ser de carácter vertical u horizontal. La fuente de masculinidad puede ser vertical cuando los protagonistas de la difusión de valores son superiores en la jerarquía, como autoridades y profesores. En cambio, la fuente de masculinidad es horizontal, cuando los compañeros y compañeras lo difunden, a pesar de no existir entre pares autoridad formal¹⁶.

a. Perspectiva vertical

La Facultad de Jurisprudencia y el ejercicio del Derecho es propio de los hombres. Históricamente así ha sido. Si hacemos un recuento de los grandes juristas, de los clásicos, todos son hombres. El Derecho es una profesión que se ejerce en la vida pública laboral. Las mujeres, propias del ámbito privado, no pueden entrar a este ámbito, y si lo hacen, encontrarán múltiples dificultades.

Algunos profesores enfatizan en sus clases esta tradición. La facultad es para hombres y racionales. La belleza o la “irracionalidad”, por el contrario, deben ser excluidas de nuestros espacios.

“Estábamos iniciando clases, quizá era la primera semana, y de pronto cuando [el profesor] preguntó a los alumnos “qué es la ley”, yo, totalmente intelectual, respondí correctamente, ya que con anterioridad había leído unas páginas de su libro. Pero, seguidamente, solicitó más opiniones, más conceptos y una amiga respondió de acuerdo a su rústico saber, frente a lo cual el Doctor le respondió: “No, señorita, no ... a ver en el mundo hay mujeres y mujeres, muy simpáticas por cierto, pero usted es muy linda y quizá debería reconsiderar su elección y dedicarse al modelaje para lo cual no necesita más que su linda sonrisa y así no pierde el tiempo aquí”¹⁷.

16 Nancy Fraser, *lustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 153. Fraser utiliza la categoría para describir el acoso sexual en el ambiente laboral.

17 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

“En la clase (...), el profesor le preguntó a una chica un tema en específico y ella no supo la respuesta. A lo que el doctor le dijo: “Señorita ... , usted es una chica bonita, debería casarse y dedicarse a la casa y no perder el tiempo estudiando derecho”¹⁸.

“El profesor cuando me hizo una pregunta y no supe contestarla, me dijo “Señor, mírese las manos, manos fuertes –características varoniles del hombre, váyase a labrar en el campo”. Te hace quedar pésimo y quedas deprimido el resto de la clase. En la misma clase, preguntaba a una mujer y le anticipaba “usted señorita no ha de poder” y preguntaba a otra persona, la pobre empezaba a contestar y le hacía sentir inútil. Esto por lo general hacía con las mujeres”¹⁹.

Si vienen las mujeres a la Facultad, no es precisamente para aprender.

“La profesora comentando fuera de clase, se refirió a sus alumnos, mencionó sobre una compañera que se sentaba en primera fila, afirmó que venía a la facultad en busca de marido”²⁰.

Las mujeres no son sujetos, son objetos sexualizados y cosificados.

“El Doctor, en una clase, se refirió a las mujeres como un buffet de comida de donde se puede elegir lo que mas te apetezca, concluyendo que los hombres no se pueden contentar con una sola mujer habiendo tantas mujeres “buenas” de donde escoger”²¹.

“No puedo elegir votar por ninguno de los dos (refiriéndose a los candidatos a presidente en la segunda vuelta), sería como tener que elegir casarme entre una mujer que ha estado con 100 o una que ha estado con 102 hombres”²².

La reflexión y la aplicación de un profesor: *“¿Cuánto se necesita para poder acceder a un cuarto, comida, una moto y hasta una señora...?”²³*

Las mujeres no deben demandar mejores condiciones de vida y de igualdad.

18 Mujer, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.

19 Hombre, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.

20 Hombre, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.

21 Mujer, estudiante de la Facultad de jurisprudencia, noveno nivel.

22 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.

23 Mujer. estudiante de la Facultad de Jurisprudencia. décimo nivel.

*“En una conferencia, el ponente manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse, si porque les dimos la palabra es que nos va tan mal. No sé de qué se quejan si aquí les dejamos hablar, o sino que quieren estar como las de oriente? A lo que los profesores de jurisprudencia, así como muchos alumnos, aplaudieron. Tenía tantas iras que no me fijé si alumnas también aplaudieron”*²⁴.

Aprendido el mensaje, la idea se repitió en el aula: *“El profesor manifestó que las mujeres de occidente no tienen de qué quejarse del machismo, o quieren estar como las de oriente”*²⁵.

Las mujeres, en la peor forma de sometimiento, son acosadas sexualmente.

*“El otro día una compañera me contó que fue a hablar con un profesor sobre las faltas. Él le dijo que por qué viene con el pelo recogido y que a él le gusta más con el pelo suelto, también le preguntó que cuándo le presenta a la mamá”*²⁶.

*“El profesor era un morbosos. Ponte, yo tenía una compañera que siempre venía con escotes gigantescos, y el man siempre se paraba al frente y le decía, hablando del rapto, “imagínese que su novio le lleva a chupar, pero a chupar caña no más, no se me ponga nerviosa señorita”*²⁷.

*“Tengo un profesor que se nota cuando está coqueteando en clase, por la sonrisita, los ojitos, los comentarios que, aunque no tan expresos, les trata a las compañeras con un coqueteo tan estúpido y evidente”*²⁸.

*“El profesor de (...), ese man era medio acosador, porque tenía una forma de observar a las mujeres que se notaba que era súper sexual. Es sutil, pero se siente en la doble intención de los chistes, que tienen un toque de zángano, o hacerle pasar adelante sólo a las mujeres. Algunas mujeres se ríen y otras se nota que se sienten incómodas”*²⁹.

*“El profesor comentó en clase que si un hombre sabe cocinar pavo, así se van sacando el body las hembritas, y va haciendo la mímica. Todos los compañeros nos reímos”*³⁰.

24 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

25 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

26 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

27 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

28 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, egresado.

29 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

30 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

“No he tomado la clase con él porque me han contado que el man es supervolado y en clase es súper coquetón, patán, hecho el guapo, hecho el rico”³¹.

“Una compañera era acosada por el profesor. En los exámenes sólo se pasaba junto a ella –lo cual era una oportunidad de copia para el resto– le acariciaba el hombro con su mano (generalmente ella se ponía blusas sin mangas, solo con tiritas). Ella es una de mis mejores amigas y me decía que él le ponía nerviosa, no podía concentrarse y hasta le iba muy mal, pero siempre aparecía con notas mayores a las del resto de compañeros. Cierta día, este profesor lo invitó a su oficina a discutir algo de clase, ella no quiso ir sola y fue con otra compañera, fueron a su oficina y él las invito a comer a las dos en un hotel muy caro”³².

La vivencia de los hombres, en cambio, en cuanto a acoso de mujeres profesores no es percibida y probablemente no existe: *“A mi nunca me ha coqueteado una profesora”³³*. Sin embargo, puede existir la sensación de un trato diferenciado. *“En clase, la profesora se sentía que odiaba a los hombres, porque nos trataba mal, nos jodía más en las lecciones orales, hace bromas que los hombres son menos inteligentes por naturaleza y que las mujeres son superiores. Daba un trato preferencial a las mujeres”³⁴.*

Las mujeres deben estar bajo el control de los hombres.

“A mí una vez en la clase, no me acuerdo que es lo que estábamos viendo, pero yo hice una observación a una disposición normativa, el profesor me quedó viendo y me preguntó si tenía novio, yo le quedé viendo con cara de asco y él se río, luego me dijo que yo no diría lo mismo si mi novio estaría ahí para controlarme. Esto pasó en media clase y me sentí muy mal”³⁵.

Las leyes planteadas por mujeres, por esencia, no son racionales.

“El profesor estaba hablando de una iniciativa de reforma que había sido planteado por la diputada Cintya Viteri. El man cogió y dijo que la reforma era criticable y acotó que porque la proponente era mujer, que sí era guapa pero que era tonta”³⁶.

31 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

32 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

33 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

34 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

35 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, noveno nivel.

36 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

El Derecho, como hemos visto, tiene género y trata distinto a los hombres y a las mujeres, y eso se difunde en las clases.

*“En Derecho (...), el profesor afirmó que la infidelidad del hombre es más aceptable que la de la mujer, porque el hombre viola la ley positiva y la mujer la ley natural”*³⁷.

b. Perspectiva horizontal

En la Facultad de Jurisprudencia, entre compañeros y compañeras, también se reproduce la valorización de las características de lo que se considera masculino y, por el contrario, la desvalorización e intolerancia y de lo femenino, salvo que se trate de la exaltación a la belleza.

Por ejemplo, repudio a lo homosexual.

*“Una vez tuve un amigo con quien siempre pasaba todo el tiempo porque somos súper buenos amigos. Resulta que un día yo estaba con su novia y ella me pidió que le prestara mi celular para enviarle un mensaje, yo acepté y ella le escribió algo medio romántico (...) Resulta que mi amigo le prestó su teléfono para jugar a un amigo suyo. Éste recibió mi mensaje y lo leyó. Después de un tiempo éste se armó de valor y habló con mi amigo acerca de mí. .. El rumor creció y de pronto algunas personas en la Facultad empezaron a pensar que en verdad éramos novios (...). Un día estábamos los dos en el ascensor y alguien le dijo algo sobre los dos y éste, muy desafiadamente, le respondió, “si somos novios ¿y qué?” Claro, todo era una broma (...) desde ese día todos y todas me veían raro y siempre sentía como que comentaban cuando nos veían juntos, yo me quería morir ... como en esa época pase sin novia durante algún tiempo, el rumor quedo más que confirmado y a la final después de eso nunca muché a nadie. A mi no me importaba mucho, salvo por personas que de pronto empezaron a tener una actitud despectiva, aunque nunca me dijeron nada en la cara, era como si me evitaran o despreciaran por “ser gay”*³⁸.

37 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

38 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

En las actividades extracurriculares, que no son muchas y tienen un sesgo sexualizado, podemos encontrar ubicaciones marcadas desde el género. El fútbol es más masculino, o al menos, es más técnico y serio un partido entre hombres; y en la elección de la reina se destaca a la belleza femenina. Si algo invade estas esferas, se torna ridículo o digno de burla. Por ejemplo, la elección del rey feo o el color rosado en el uniforme de fútbol.

“Esto no pasó en clases, nuestro equipo de fútbol este semestre se hizo una nueva camiseta para jugar, al cual muchas de nuestras compañeras se unieron y también se mandaron hacer en forma de apoyo. La camiseta es una negra que tiene unas líneas rosadas y los números y nombres también. En toda la facultad causó sensación por que ¿cómo un equipo de fútbol puede tener un color rosado en su camiseta! (...) surgieron muchos comentarios ... un jugador de fútbol tiene que ser “un macho”³⁹.

Las experiencias cotidianas femeninas son tomadas en son de burla o simplemente desvalorizadas; son excepcionales o son invisibilizadas: la mujer es otra vez un objeto.

“Un compañero en el primer día de clases al salir de una materia nos dijo, “chicas denme su calendario menstrual para saber que día se puede con ustedes”, lo cual hizo que todas tengamos un sentimiento de impotencia e ira. Lo más chistoso de todo esto es que si no toleras esas bromas eres una neurótica antisocial. ... ¿por qué para encajar socialmente tienes que aceptar todo tipo de patanería? ¿por qué soportar la humillación de los machos? solo para que te acepten... no lo creo... esto es parte de un sistema opresivo que te ve como un juguete sexual sin mente ... y hay mujeres que se conforman con ello...”⁴⁰.

En cuanto a la participación política en la representación estudiantil, sin negar que hay avances significativos, casi todas las Asociaciones de Escuela tienen el modelo tradicional de organización. El que toma las decisiones, el hombre, es el presidente o el candidato. La que realiza los asuntos administrativos, la mujer, es la secretaria.

Siempre pregunto en clase si han visto la distinguida galería masculina de presidentes de la Asociación Escuela de Derecho (AED) y por qué no hay

39 Hombre, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

40 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, décimo nivel.

mujeres. Algunas responden porque no han querido. Otras, muy pocas, porque no han podido. ¿Por qué no han querido y por qué no han podido? La respuesta no es tan fácil encontrarla en la voluntad y la libertad de las mujeres. La hipótesis, sujeta a investigación, es que el ambiente es masculino, y donde el ambiente es masculino, las mujeres se adaptan o se excluyen.

Cuenta la historia que hubo una presidenta subrogante. ¿Por qué no aparece su foto y sí la de alguno que subrogó?

Este ambiente patriarcal se reproduce casi intacto en los espacios en donde los abogados y abogadas nos movemos. Por ejemplo:

*“En muchos estudios jurídicos, la obligación de vestimenta da una preferencia a la falda, y prefieren que se contrate chicas como agentes judiciales, por cuanto hacen que los tramites fluyan más rápido. En sí, la práctica judicial obedece a esos esquemas”*⁴¹.

*“En clases estábamos hablando sobre la apariencia del abogado y cuánto influye esto en el ejercicio de la profesión. Un compañero alza la mano y dice que obvio que es decisivo. Es lo mismo que con las mujeres, que tienen que ser atractivas físicamente para darles un chance, sin importar que sea la mujer perfecta: que sepa cocinar, lavar, planchar, abrir la puerta para salir a jugar. Te tiene que dar una buena impresión físicamente”*⁴².

A las mujeres se les presume licenciadas, “doctoritas” y “son reinitas”. A los hombres con terno se les presume doctores y se les respeta.

En lo cotidiano honestamente quisiéramos creer que estos testimonios son aislados, sin embargo escenas como éstas se multiplican y se reproducen.

41 Hombre, egresado de la Facultad de Jurisprudencia.

42 Mujer, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, octavo nivel.

III. El Derecho discrimina a las mujeres⁴³

El Derecho, y el Estado que lo produce, tienen género y es masculino⁴⁴. Esta afirmación no es una novedad para la academia jurídica crítica. El Derecho recoge los intereses y las necesidades de una porción de la población. El derecho liberal es la expresión de un grupo de poder, con intereses económicos y políticos identificables⁴⁵ y, en lo que nos interesa, refleja las experiencias y valores masculinos.

Para demostrar esta afirmación tenemos algunas pistas:

- Los hombres históricamente fueron los únicos que tuvieron posibilidad de representar y de crear normas. Hasta los años setenta las mujeres fueron consideradas incapaces y en la primera mitad del siglo pasado recién tuvieron posibilidad de votar⁴⁶.
- Los hombres tenemos serias dificultades, por ser en el estereotipo insensibles, para percibir las necesidades y las experiencias de los y las “otras”⁴⁷. Por ello, “las normas son ambiguas y sujetas a interpretación de [hombres] que a menudo no son para nada propensos, por cultura y valores,

43 Las normas jurídicas que serán analizadas, de manera ejemplificativa, fueron escogidas y estudiadas por algunos y algunas estudiantes de la clase de Género y Derecho, cuyos nombres constan en los acápites correspondientes. Sus ensayos son más largos y probablemente, en su extensión, más contundentes que lo que aquí se presenta. Por razones de espacio, tuve que editar sus ensayos y espero no haber alterado su sentido.

44 Una excelente demostración de la masculinidad del Estado y del Derecho lo encontramos en la introducción del libro de Catharine A. MacKinnon, “Women’s Status, Men’s States”, en *Are Women Human?: And Other International Dialogues*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2006, págs. 1-14.

45 Lo más técnico desde la perspectiva de la historia y del pensamiento político que he leído, se lo puede encontrar en Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de derecho al Estado constitucional”, en *El derecho dúctil*, España, Editorial Trotta, 4ta edición, pp 21-46.

46 Basta ver los requisitos de ciudadanía en nuestras constituciones. Tenía que ser hombre, entre otras cualidades discriminatorias, hasta la Constitución de 1979. En adelante, aunque no existía la exclusión expresa, se entendió que no incluía a la mujer el derecho al voto. En 1929 se reconoce el voto de la mujer. En 1967 se establece la obligatoriedad y el derecho al voto tanto del hombre como de la mujer. Ver Agustín Grijalva Jiménez, *Elecciones y representación política*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simon Bolivar-Ecuador, 1998, págs. 87, 97-107.

47 Desde cosas tan sencillas como no alzar la tapa del baño para orinar, hasta cuestiones tan complejas como los procesos hormonales en la menstruación, el embarazo y la lactancia.

a considerar aspectos femeninos”⁴⁸. Los hombres, y esto intentaremos demostrar, regulamos según nuestra racionalidad y comprensión del mundo. Las normas que regulan las conductas de las mujeres son consideradas en el Derecho como normas de excepción a la regla general⁴⁹.

- Los hombres hemos ocupado los cargos públicos exclusivamente durante la creación y consolidación del Derecho: presidentes, jueces, diputados, doctrinarios y, en general, puestos de poder de decisión política y económica. Las mujeres están en los espacios públicos desde hace pocos años y aún de manera excepcional en cargos públicos⁵⁰.
- El Derecho pretende ser –y no casualmente como se identifica a lo masculino– racional, universal, general, abstracto⁵¹. El Derecho regula la vida pública y se abstiene de actuar en la vida privada, salvo que sus actoras –mujeres invadan el espacio público, o los hombres protejan el valor femenino–privado patriarcal (por ejemplo, a través del derecho penal, las figuras del abuso sexual).

El Derecho, regulador de conductas, recogió las perspectivas de los hombres, sin preguntar a las mujeres, que hasta ahora tienen dificultades para tener una genuina voz⁵², y creó normas que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de la parte dogmática de la Constitución, urgen ser reformadas.

Para ilustrar estas afirmaciones, analicemos algunas normas jurídicas desde el género según la metodología utilizada por la jurista Alda Facio, que

48 Tamar Pitch, *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 146.

49 Por ejemplo, en el derecho laboral. La regla es un trabajador “ideal” y la excepción es los permisos de maternidad.

50 La sola presencia de la mujer no es garantía de igualdad sustancial. Muchas mujeres para triunfar en la vida tienen que “masculinizarse” y, en una cultura patriarcal, es indiferente si la forma de ejercer el poder lo hace un hombre o una mujer. Algo semejante sucede a los afroamericanos, que “blanquearse” para poder ejercer derechos.

51 Kelsen tenía como objetivo demostrar que el Derecho era una ciencia. Estas cualidades se las puede deducir al leer su Teoría Pura del Derecho.

52 Mientras lo masculino predomine y oprima, en la imagen de MacKinnon, el hombre tiene el pie en la garganta de la mujer y no le permite articular como sujeto de derechos Ver. Seyla Benhabib, “From identity politics to social feminism: a plea for the nineties” en <http://www.ed.uiuc.edu/EPSPES-yearbook/94docs/BENHABIB.HTM> (visita 1 de diciembre de 2006).

propone seis pasos para **deconstruir**⁵³ las normas jurídicas: **Paso 1:** Tener conciencia de la subordinación del género femenino al masculino. **Paso 2:** Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el **androcentrismo**⁵⁴. **Paso 3:** Identificar en el texto cual es el tipo de mujer que está invisibilizada o identificada como “lo otro”. **Paso 4:** Identificar en el texto cual es el estereotipo de mujer. **Paso 5:** Analizar el texto en el contexto. **Paso 6:** Colectivizar el análisis⁵⁵.

a. **La mujer y la participación de utilidades según el Código de Trabajo**⁵⁶:

Art. 97 del Código de Trabajo.- Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así: (...) El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad (...)

(1) A pesar de que en la actualidad la disposición analizada puede entenderse como “neutra” al género, en su origen histórico y en su aplicación existe una discriminación implícita y oculta contra la mujer. En el contexto de la disposición citada, el concepto de “carga familiar” tiene una connotación negativa, pues lleva implícita la idea de que se trata de una persona incapaz de aportar al sostenimiento de la familia. Por eso los hijos menores de edad y los hijos/as discapacitados/as están considerados como “carga familiar”. Surge la pregunta: ¿por qué el cónyuge también está dentro de esta categoría “carga familiar”?

53 Deconstruir es un método de análisis jurídico a través del cual se devela el sujeto protegido y privilegiado tanto en la manifestación lingüística como en su aplicación en la realidad.

54 Androcentrismo significa que el centro o núcleo es lo masculino y en la periferia está lo femenino.

55 Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *Género y Derecho*, p. 99-136. Por razones de espacio, en los ensayos que siguen a continuación, no constan todos los pasos de esta metodología ni tampoco su aplicación exhaustiva (reproducido en esta publicación).

56 Ensayo realizado por Byron Silva.

Hay que tomar en cuenta que esta disposición se originó en una época en que el trabajador tipo para el que fue diseñado el Código del Trabajo era (y sigue siendo) el hombre. Por eso puede sostenerse, sin miedo a equivocarse, que todo el Código del Trabajo es “androcéntrico”. Al hombre correspondía el ámbito del trabajo y a la mujer correspondía el ámbito del hogar y el cuidado de los hijos. Así era en esa época y actualmente en ciertos círculos sociales sigue siendo así. El hombre es el que tiene el deber de aportar económicamente al hogar mientras la mujer no tiene esa obligación pues su deber primordial es el cuidado del hogar y de los hijos/as.

En el Reglamento para la Distribución de Utilidades, que el Ministerio del Trabajo expidió en el año 1970 y que estuvo vigente hasta el año 2002, hay dos disposiciones que ilustran el punto anterior, según las cuales bastaba que la cónyuge sea mujer para que sea considerada como “carga familiar” para los efectos de distribución del 5%, mientras que en el caso del cónyuge varón era necesario que se encuentre incapacitado para que sea tomado en cuenta como “carga familiar”.

En este contexto la idea de “carga familiar” lleva implícita la idea de sometimiento al poder del padre, que es el que trabaja. En efecto, hijos/as y cónyuge dependen del trabajador, al punto que se los toma como cargas de éste.

(2) En la disposición analizada podemos identificar algunas formas de sexismo más o menos explícitas, a saber: a) Sobregeneralización: Si entendemos por tal forma de sexismo el referir ambos sexos a través de palabras que denotan solo el sentido masculino, es evidente que todo el Art. 97 es sexista, pues se habla de los trabajadores y los hijos, siempre en sentido masculino. En ese contexto se entiende que el cónyuge aludido de forma “natural” como carga es la mujer del trabajador. b) Androcentrismo: En cuanto esta forma de sexismo se refiere al monopolio de la perspectiva masculina, la disposición analizada, así como gran parte del Código del Trabajo, es sexista, pues el sujeto “tipo” para el cual está diseñado mayoritariamente el Código del Trabajo es el trabajador varón a quien corresponde casi en exclusiva el dominio del trabajo. c) Insensibilidad al género: En la medida que el Art. 97 del Código del Trabajo no solo no toma en cuenta como relevante la variable sexo sino que toma a lo femenino como “carga” del trabajador, sin duda alguna, existe insensibilidad al género. d) Deber ser de cada sexo y

familismo: En la disposición aludida hay sexismo en cuanto al trabajador se le atribuye como natural el ámbito del trabajo (espacio público) y a su cónyuge el carácter de “carga familiar” por estar destinada al cuidado del hogar y de los hijos (espacio privado). En este contexto la mujer del trabajador es la mujer-familia y no la mujer-persona.

(3) En la disposición analizada el paradigma es el “trabajador” hombre.

El “otro” o los “otros” del trabajador son sus cargas, es decir, una subespecie en las categorías jurídicas, a pesar de ser personas humanas. Los “otros” en el Art. 97 del Código del Trabajo son los hijos/as (menores de edad y discapacitados/as) y el cónyuge del trabajador. Tómese en cuenta que el sujeto del derecho a participar en las utilidades de las empresas son los “trabajadores” y que sus “cargas familiares” solo son referentes de cálculo para incrementar en más o en menos la cuantía del derecho del “trabajador” sobre el 5% de dicha participación laboral. Mientras más “otros” tenga el trabajador más dinero recibirá por tal concepto. Considérese, además, que el trabajador y no sus cargas, recibirán y administrarán el dinero percibido.

En el Art. 97 el cónyuge del trabajador (que generalmente es mujer) no es titular de derechos, sino “objeto” a ser tomado en cuenta para incrementar el derecho del trabajador.

b. La impunidad para la autoridad familiar masculina⁵⁷

Art. 202 del Código Penal.- Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomen las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.

(1) El artículo distingue entre hombre y mujer: el padre, marido o tutor, puede revisar la correspondencia de sus hijos/as, esposa, pupilo/a, sin que esto se considere delito; mientras que la madre y esposa no lo podría hacer. Esta norma demuestra que se le reconoce un “poder de control” al padre, porque al poder revisar la correspondencia de quienes tácita-

⁵⁷ Ensayo realizado por Carolina Silva Portero.

mente son sus dependientes, resulta manifiesto el rezago del poder del *paterfamilias*⁵⁸.

(2) El androcentrismo, entendido como el derecho que parte de la perspectiva masculina, se manifiesta como una represión y como repudio a lo femenino. Como represión porque tipifica una conducta que efectivamente es antijurídica –como es la violación del derecho a la intimidad de la mujer y al secreto de correspondencia- que exceptúa sólo al hombre. Como repudio a lo femenino porque el significado de esta norma se manifiesta en que la mujer puede ser objeto de control y en que el hombre tiene el poder –sino el deber– de revisar la correspondencia de quienes están bajo su dependencia. En otras palabras, la misma conducta para unos es facultad lo que para las otras es delito.

(3) En la norma, la mujer está invisibilizada y ella está en una relación directa con el hombre: ya sea como hija, esposa o pupila. Con esta norma, la mujer queda condenada a nunca entrometerse en “los asuntos” de su padre/esposo/tutor y permitir que él lo haga, porque es así como “lo dispone la ley”. Es decir que si el parámetro de lo humano son las conductas “esperadas” o permitidas” del hombre. En este caso, el hombre define lo prohibido y el ámbito de actuación de la mujer.

c. La mujer en la Ley de Naturalización⁵⁹

Art. 9 de la Ley de Naturalización. - Para que la mujer extranjera, mayor de edad, casada con ecuatoriano que tenga su domicilio político en la República o ejerza funciones públicas en el exterior, adquiera la nacionalidad ecuatoriana

58 El derecho romano estaba basado en la potestad paterna del *paterfamilias*, cuyo poder se caracterizaba por ser prácticamente ilimitado, la potestad del *paterfamilias* puede resumirse en tres proposiciones: 1) El jefe de familia es el jefe del culto doméstico, 2) Los hijos de la familia y la esposa son incapaces, como los esclavos, de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el *paterfamilias*. 3) La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del *paterfamilias*, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aun darles muerte Alfonso Flores Macedo, Derecho Romano, <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonsoDerRomano.htm> (visita 3 de noviembre de 2006)

59 Ensayo realizado por David Cordero Heredia.

riana, sólo será necesaria su declaración de adoptar ésta y renunciar a la anterior, mediante solicitud al Ministro de Relaciones Exteriores quien la declarará ecuatoriana por naturalización mediante Resolución Ministerial.

Imagínense este caso de la vida real: un hombre colombiano que se dedicaba a la actividad teatral llevaba más de 10 años en Ecuador. Este hombre contrajo matrimonio con una ecuatoriana, que tiene un trabajo estable, cuyos ingresos son suficientes para la manutención de la familia, y concibieron dos hijos. La persona en cuestión intentó nacionalizarse pero su solicitud fue rechazada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El argumento fue que no tenía ingresos suficientes para mantenerse a sí mismo.

- (1) La norma particularmente analizada contiene una doble discriminación. En primer lugar, la norma subordina al sexo femenino, al suponer que las mujeres extranjeras casadas no son económicamente productivas. En segundo lugar, existe una discriminación a los hombres que no cumplen con el rol público de género asignado por la ley: ser productivo. No existe dentro de la ley de naturalización una norma similar al Art. 9 que ampare al hombre extranjero que se case con una ecuatoriana. El trámite que estos deben seguir es el normal que implica una serie de requisitos económicos difíciles de alcanzar para quien lleva una vida modesta. Actualmente el sujeto en cuestión se halla en calidad de indocumentado y está expuesto a una deportación que separaría a su familia.
- (2) El paradigma al que se refiere la norma es del hombre proveedor/público y de la mujer reproductora/familiar. Además, la norma implícitamente satisface las necesidades del hombre, en el sentido que requiere de una mujer que no trabaje, que sea madre y ama de casa. La norma no admite que un hombre pueda contribuir a la familia de otra forma que no sea la pecuniaria, mientras que presupone que toda mujer será incapaz de tener ingresos propios por su rol tradicional.
- (3) La mujer beneficiada por esta norma será aquella que realice labores de ama de casa/reproductora que de otro modo no podría llenar los requisitos generales para acceder a la nacionalidad ecuatoriana. La mujer ex-

cluida es aquella mujer no “familiar”, o sea, no casada. El hombre excluido es aquel que desempeña funciones distintas dentro de la familia que la de proveedor. El hombre beneficiado es el hombre proveedor que asegura la permanencia de su esposa/ama de casa/reproductora dentro del país para continuar disfrutando de los beneficios de la subordinación del sexo femenino, ya que la norma exige la renuncia a la nacionalidad anterior excluyéndola del beneficio constitucional de la doble nacionalidad.

Esta norma trata de “proteger” a la mujer en cuanto ser débil/inferior, refuerza el estereotipo de la mujer que no puede tener ingresos para mantenerse a sí misma, sino que necesita de su esposo o padre para hacerse cargo de ella.

Es claro que en este caso existe una clara identificación de la mujer con la familia, esta es una norma que busca mantener a la madre de los hijos del ecuatoriano dentro del país. La especificidad de a quien va dirigido el derecho no beneficia a la mujer sino al régimen patriarcal, ya que se sigue obligando al hombre que trata de alcanzar la naturalización a mantenerse en el rol asignado por la sociedad.

d. La mujer casada y el Código de Comercio⁶⁰

Art. 12 del Código de Comercio.- La mujer casada puede ejercer el comercio o ejecutar eventualmente actos de comercio, con autorización de su marido, otorgada en escritura pública(...) Se presume que la mujer tiene autorización de su marido cuando(...) ejerciere públicamente el comercio (...) mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contrate con la mujer.

Art. 13.- La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.

Art. 15.- (...) El marido podrá limitar la responsabilidad, excluyendo de ella sus bienes y los de la sociedad, en todo o en parte (...).

- (1) Las normas citadas sin duda alguna expresan la sumisión de la mujer y su confinamiento al ámbito privado, en tanto ejecute actos dentro

60 Ensayo realizado por Daniela Palacios.

de esta esfera. Pero, como se tratan de actos de comercio vinculados con la esfera de lo público, necesita la autorización del marido, pues seguramente sería mal visto que una mujer ejerciera actos de comercio sin esta autorización.

“Hace muchos años, seguramente cuando esta norma era relativamente nueva, cuando una tía de mi abuelita traía mercadería de los Estados Unidos para vender, tenía que hacerlo en su casa y corriendo la voz solamente entre las personas amigas para evitar que se entere mucha gente, pues me contaba mi abuelita que era muy mal visto que una mujer este visitando a gente sin su marido o lo que era peor, recibir a gente, especialmente hombres, en su casa sin que su marido se encuentre ahí, todo esto por respeto al marido, ni siquiera por la idea de respeto a la mujer por ella misma”⁶¹.

Este temor reverencial al hombre y a la cultura patriarcal, en cierta medida aún se mantiene. Por ejemplo, es poco común encontrar mujeres Gerentes Generales de compañías distribuidoras de algún producto, o mujeres dirigentes de compañías transnacionales.

(2) En las normas citadas, se puede apreciar, sin duda, la existencia de una connotación sexista que parte de la superioridad del hombre. Se presume la incapacidad de la mujer y de su estado de dependencia del marido. La ley no le otorga a la mujer capacidad suficiente para decidir sobre su actividad, peor aún, no le da la libertad necesaria para poder ejecutar la actividad que mejor le parezca.

Otra muestra de sexismo se ve en la posibilidad que tiene la mujer de comprometer los bienes del marido y los de la sociedad conyugal. El marido puede limitar esta facultad. Otra vez aparece la idea de superioridad del género masculino que obliga a la mujer a depender de la autorización del marido para comprometer incluso sus bienes y los de la sociedad conyugal. Quienes redactaron este cuerpo legal, sin duda no vieron las capacidades de la mujer para ejecutar actos de comercio, por ello la confinan a continuar en la esfera privada, a seguir bajo la dominación del marido, como una trabajadora de él. En estas normas, se refleja únicamente la realidad masculina y se la toma como general y correcta.

61 Extracto del ensayo de Daniela Palacios.

La mujer, en la norma, se debe a su familia, es su obligación el cuidar de ella, no necesita hacer nada mas que cuidar a su familia; para faltar a este deber, necesita autorización de un hombre.

(3) La mujer que esta norma demanda es una socialmente bien vista y respetada, sumisa y dependiente de su marido. Una mujer que viva en la sombra del hombre y que le respete reverencialmente, ya padre ya marido. La mujer es incapaz de dirigir su vida sola y tiene que ajustarse a lo que se considera moral y socialmente correcto. Es justamente la mujer buena la que esta norma proyecta, porque no solo es socialmente mal visto que una mujer sea comerciante sin la autorización del marido, sino que la ley no lo permite, al no tener autorización no puede obtener su licencia de comerciante y al no tenerla se deberá sujetar a las sanciones previstas en la ley.

Aquí no cabe una mujer dominante, una mujer fuerte, inteligente, capaz, racional, simplemente es imposible que una mujer sea mejor administradora que el hombre y por ello no puede disponer libremente de los bienes de la sociedad conyugal.

Actualmente la sociedad ha sufrido una evolución en cuanto a la intervención de la mujer en todos los ámbitos de la vida. Normas como la analizada deben ser derogadas, pues responden a un modelo de sociedad y familia retrógrada. La mujer puede y debe ejercer libre y legalmente esta actividad como cualquier hombre.

e. **La administración ordinaria de la sociedad conyugal**⁶²

Art. 180 del Código Civil.- Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. El administrador, en cualquier caso, se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas.

62 Ensayo realizado por Sofía Suárez.

(1) La norma distingue y reproduce una vez más el espacio público y privado. La mujer se presume que tenía que dedicarse únicamente a las tareas de la casa y al cuidado de la familia (ámbito de la vida privada). Además, la mujer es dependiente del hombre. Notoriamente podemos observar una discriminación a la mujer, ya que en razón de su sexo no se la toma en cuenta en primer lugar para la administración de la sociedad conyugal, cuando no hay estipulación sobre la persona que debe administrar la misma, sino que se presupone que el hombre es el que debe administrarla, por ser racional, objetivo, capaz, universal.

(2) En este caso hay una notoria subordinación de la mujer al hombre, y por lo tanto, una dominación del esposo sobre la esposa. En la mencionada norma podemos encontrar que su fundamento base es un marcado sexismo: se parte del supuesto de que el hombre por naturaleza tiene mayor capacidad en todo lo que se refiere a cualquier tipo de administración (de negocios, de comercio, y, en este caso en particular, de la sociedad conyugal). Por esta razón se deja a la mujer en un segundo plano para la administración.

En este caso se ha dado una forma de invisibilización de la experiencia femenina porque no se piensa que ella puede ser capaz de ser la administradora de la sociedad conyugal, por ser considerada un ser irracional e inferior.

(3) En esta norma se hace alusión a la mujer que está casada. Quedan fuera de la regulación las mujeres que solo están unidas con un hombre (uniones de hecho) y excluye totalmente a lesbianas que conviven con su pareja. En otras palabras, mujeres fuera de la concepción de familia basada en el contrato matrimonial, no tienen ninguna protección legal en cuanto a este tema.

En el momento actual de la sociedad, con todo su desarrollo y cambios, es necesario la reforma de esta norma, para que se visibilice jurídicamente la plena capacidad de la mujer.

La mujer, desde el derecho patriarcal, en esta norma, está siendo tutelada bajo la premisa de la “protección especial”. La mujer no era considerada lo suficientemente capaz para realizar ciertas actividades, por ejemplo, las relacionadas con los negocios, administración, mantenimiento de las empresas. Por ello, se considera que estas actividades deben estar bajo el control de los hombres.

IV. Conclusiones y sugerencias

a. En relación al ambiente patriarcal de la Facultad

Algunos de los hechos que hemos narrado en este ensayo serían, en ambientes respetuosos de la diferencia, no solamente criticados sino severamente sancionados. ¿Por qué aguantar humillaciones? ¿Por qué tener que reír o callar cuando alguien comete un delito como el acoso sexual? Simplemente porque estas actividades no sólo que se toleran sino que, al no existir sanción, se promueven.

Las personas que han sido objeto de humillaciones o víctimas de delitos, dentro de la Facultad, no tienen espacio para denunciar y para que su queja sea considerada.

En Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando la autoridad conoce de un hecho y no actúa, se considera igualmente responsable por omisión.

Urge considerar y abordar el tema, desde la Facultad, para sancionar conductas discriminatorias y atentatorias a la dignidad de las personas. Urge tener tribunales independientes e imparciales, con procedimientos respetuosos al debido proceso, para que puedan receptor y juzgar conductas de profesores y de estudiantes. En algunos lugares existen defensores de los estudiantes, que son personas que protegen a las que denuncian de represalias y son un puente con las autoridades de la Facultad.

La Universidad tiene un doble compromiso. Una por ser institución académica superior y la otra por ser Católica. Si bien existe libertad de cátedra, de expresión, de pensamiento, también es claro que la libertad no es absoluta. La libertad no puede atentar contra los derechos de las personas.

La perspectiva de género es un instrumento poderoso para combatir inequidades. Hay que conocerla y hay que aplicarla. Los ambientes masculinos y el derecho masculino ha fracasado por autoritario y por discriminador. Cuando la mujer sea plenamente respetada –al igual que las identidades excluidas tradicionalmente como los homosexuales y los indígenas– se enriquecerá la participación, se profundizará la democracia, el conocimiento jurídico se expandirá. En suma, la Facultad de Jurisprudencia ganaría promoviendo el respeto y la expansión de las libertades de las mujeres y de los diversos.

b. En relación al Derecho

La comunidad jurídica (profesores y profesoras, abogados y abogadas, estudiantes, doctrinarios y doctrinarias) en este mundo moderno y globalizado no puede dejar de realizar un análisis de género en las normas jurídicas. En nuestra Constitución y en varios instrumentos internacionales el Ecuador se ha comprometido a prevenir y promover la igualdad sustancial en todos los ámbitos de la vida, incluido el legal⁶³.

El derecho no es y nunca será neutro⁶⁴. Responde a los intereses de quienes los crean. Lo ideal es que esos intereses sean democráticamente determinados y que se evite las determinaciones en cuanto al desarrollo de la personalidad y la expansión de las libertades de la gente. Cuando hay intereses masculinos en las normas, que oprimen en la forma y en la aplicación, hay que deconstruir esas normas.

Se han eliminado gran cantidad de normas sexistas y que perjudicaban a la mujer. Se han establecido principios constitucionales sobre la igualdad, se han ratificado convenciones internacionales que prohíben normas y prácticas discriminatorias contra la mujeres. Sin duda, avances. Sin embargo, la labor deconstructiva de normas aún no termina. Existen normas vigentes, como las citadas en este ensayo, que son franca y abiertamente inconstitucionales, que no hacen otra cosa que coartar la libertad y los derechos de las mujeres imponiéndoles limitaciones a sus derechos, obligándolas a cumplir con requisitos que violan su libertad y no le permiten desarrollarse plenamente como todo ser humano. Conviene identificar esas normas y cuestionarlas. Un Ecuador más justo y equilibrado lo demanda.

Las normas ejemplificativamente analizadas en este ensayo están, por las razones expuestas, fuera del ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto,

63 Constitución Política del Ecuador, Art. 23 (3); Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1 y Art. 24.

64 El abordamiento teórico de esta afirmación la resuelve magistralmente el filósofo catalán Albert Calsamiglia, "Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona, Ariel, 1990, 3ra edición, págs. 93-126. Desde una perspectiva crítica y empírica, ver García Villegas, Mauricio, y Rodríguez, César, "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003, págs. 15-66.

una autoridad pública o un juez deben inaplicarlas⁶⁵, y un profesor o profesora no debe enseñarlas.

La clave del análisis de género está en erradicar toda distinción de género para tener privilegios o desventajas en la sociedad.

65 Constitución Política del Ecuador, Art. 272 y Art. 273.

El género en el derecho



1

Derecho constitucional

Igualdad sin discriminación*

Joan Williams

Sumario

Introducción. I. Igualdad ante la ley. 1.1. Eliminando los privilegios otorgados a los hombres y las desventajas padecidas por las mujeres. 1.2. Eliminando privilegios otorgados a las mujeres. II. Cuando la igualdad exige deconstruir normas masculinas. Como esto difiere de “acomodar las diferencias de las mujeres”.

Introducción

Parecería no ser controversial, entre las feministas y sus aliadas/os, que las mujeres tienen derecho a la igualdad de género. Aún así, la cuestión de la igualdad se vuelve compleja en el contexto del género. Porque, para citar a Aristóteles, el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes, de manera diferente¹. El «sentido común» dicta que hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¿qué significa igualdad en el contexto de género?

* Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *Género y Derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 75-97. Traducido por Paquita Cruz.

1 *Introduction To Aristotle, Politics*. Book Iii, capítulo 8. McKeon, Richard, Ed. 1947, pág. 593.

Esto es lo que Pablo Pérez Tremps ha llamado «el gran problema técnico» en la legislación para la igualdad.² La experiencia en Estados Unidos sugiere que éste no permanece técnico por mucho tiempo. El uso de la retórica de la igualdad para socavar las demandas de las mujeres por pensión alimenticia marcó una pauta para las feministas. Originalmente, la pensión alimenticia era solamente asequible a las mujeres. Esta práctica se convirtió en blanco una vez que las feministas empezaron a insistir en la igualdad ante la ley. Entonces, la pensión alimenticia se hizo asequible también a los hombres, a menudo con resultados muy injustos.³ En un caso reciente, una mujer que se estaba divorciando de su abusivo marido, un artista a quien ella había mantenido por años, descubrió que los estatutos del Estado, neutrales en términos de género, la hacían potencialmente responsable de mantenerlo, a pesar de que ella no sólo había ganado prácticamente todos los ingresos, sino que además, se había encargado de todo el trabajo doméstico y del cuidado de la prole.

A menudo, en América Latina, se me pregunta cómo es trabajar en una cultura en donde las feministas son tan fuertes. Mi respuesta es que las feministas norteamericanas han, a menudo, dispersado su fuerza en disputas sobre metas y estrategias. Ejemplo de esto es el debate sobre igualdad y diferencia. Un error del lado de la “igualdad” en ese debate surge cuando mujeres comunes tratan de actuar responsablemente en dirección equivocada. Por ejemplo, la mujer quien, ignorando la política de permisos por maternidad, que otras han logrado con sus luchas, decide regresar al trabajo una semana después del parto porque no quiere «trato especial». Ella está tratando de vivir a la imagen del profesional, muy concientemente diseñada en el siglo 19: hombre con apoyo de una esposa⁴.

La desilusión con la igualdad ha surgido en muchos contextos. En el ámbito de la custodia, por ejemplo, las madres norteamericanas tradicionalmente, se suponía, tenían el derecho a la de sus criaturas de corta edad. Al igual que el derecho a la pensión, este supuesto se eliminó durante los pri-

2 Pérez Tremps, Pablo. *Curso IV: Mujer y Derechos Humanos* (Presentación sobre Igualdad y Diferencia). Movimiento Manuela Ramos, diciembre 1998.

3 Orr v Orr, 440 U.S. 268 (1979).

4 Ver MacKinnon, Catharine. *Feminism Unmodified*. 1987, pág. 33; Williams, Joan. *Unbending Gender: Market Work and Family Work in the 21st Century*. Oxford University Press, 1999 (por salir), Capítulo 7.

meros años de la revolución feminista. El resultado ha sido que muchos padres varones norteamericanos hoy se comportan, en las negociaciones de divorcio, como si quisieran la custodia, aunque no sea así; al hacerlo, obligan a muchas madres a ceder en sus demandas económicas contra ellos, para garantizarse la custodia. Refiriéndose a estos ejemplos, feministas importantes norteamericanas, como Martha Fineman y Mary Becker, han argumentado que la igualdad hiera a las mujeres, y que el movimiento debería evitar expresar sus demandas con el lenguaje de la igualdad⁵.

Sin embargo, las alternativas que ellas proponen tienen muchas limitaciones. Becker ha dicho que las feministas debemos apoyar las disposiciones que le regresan la custodia a las madres. Pero esto implicaría que, aunque un padre haya marginado su participación en la fuerza laboral para cuidar de la prole, de todas formas perdería la custodia si su esposa decidiera divorciarse de él. Este ejemplo resalta cómo volver a la custodia materna se convertiría en otra institución social para apostar a las mujeres de nuevo en los roles tradicionales femeninos, y a los hombres fuera de ellos; funcionaría para disuadir a padres que quieren cuidar de su prole, y como argumento que los esposos usarían contra las esposas que los quieren persuadir de participar por igual en el trabajo de la familia.

Martha Fineman ha argumentado que, en el contexto de la asignación de los bienes familiares en el divorcio, las feministas deberían enfocarse no en la igualdad, sino en qué necesitan las mujeres⁶. Sin embargo, en ambas Américas, el mandato social es darles igualdad a las mujeres, no llenar sus necesidades, ni las de ningún otro grupo social. En los Estados Unidos, la resistencia al lenguaje de las necesidades es ideológica. «De cada uno de acuerdo con sus posibilidades, para cada uno de acuerdo con sus necesidades»; si en Estados Unidos hay un principio que sea anatema, es éste⁷. En América Latina, la resistencia a llenar las necesidades sociales no es ideológica, sino práctica. América Latina tiene la más desigual distribución de ingresos

5 Ver, por ejemplo Fineman, Martha Albertson. *Feminist Theory in Law: The Difference it Makes*. 2 Colum. J. Gender & L. 1, pág: 10 (1992); Becker, Mary. Prinee Charming: "Abstract Equality", en *Feminist Legal Theory: Foundations*. Weisberg, D. Kelly, Ed. 1993, pág. 225 (en adelante Foundations).

6 Ver Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. 1991, págs. 46-52.

7 Ver Marx, Karl. "Critique of the Gotha Program", en *The Marx-Engels Reader*. Tucker, Robert C., Ed. 2a ed. 1978, pág. 531.

en el mundo; llenar las necesidades de la ciudadanía está a menudo fuera de la agenda política porque parece ser económicamente imposible⁸.

De manera parecida, el mandato de la no discriminación es uno de los principales y menos disputado de los elementos en la legislación de derechos humanos; los derechos económicos enunciados en el Convenio de Derechos Culturales y Económicos son mucho más debatidos. Muchas leyes y constituciones latinoamericanas también prometen igualdad de género. Así que regresamos a la pregunta: ¿qué es lo que se requiere con el principio de igualdad entre hombres y mujeres?⁹

Este artículo nos llevará más allá de los debates entre igualdad y diferencia, más allá de los argumentos de que la igualdad de género exige que tratemos a mujeres y hombres igualo que los tratemos diferente. Nos lleva más allá de la afirmación de Catharine MacKinnon, de que las mujeres deberíamos «recibir trato igual cuando somos iguales, diferente cuando somos diferentes. Pero así les sucede a los hombres: iguales y diferentes, también»¹⁰.

Decir que la igualdad exige que las mujeres sean tratadas igual cuando son iguales, y diferente cuando son diferentes, es una aseveración que a menudo dejará a las mujeres en una posición vulnerable. El tradicionalista responderá que es legítimo discriminar contra las mujeres casadas en el lugar de trabajo, porque —como resultado de matrimonios contraídos libremente— las madres saben que de ellas se espera cuidar a la prole y el hogar; los patronos deberían tener el derecho de dar los mejores empleos a los trabajadores que no están sobrecargados con responsabilidades familiares, y por lo tanto pueden dedicar toda su atención al trabajo. Esto es tratar a las mujeres diferente porque están en una situación distinta a la de los hombres. ¿Es esto entonces consonante con el principio de igualdad de género para ellas?

8 Duye, Suzanne y Székely, Miguel. *The Haves and the Have-Nots*. Banco Interamericano de Desarrollo, Office of the Chief Economist, Latin American Economic Policies. No. 5, 4th quarter. 1998, pág. 1.

9 Ver “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, reproducido en *A Compilation of International Instruments*. Vol 1: Universal Instruments. 1994; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *idem.*, pág. 20; Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en *idem.*, pág. 145; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1993, págs. 519-39.

10 Ver MacKinnon, *op. cit.*, pág. 37.

Claro que no. Yo argumentaré que tratar a mujeres y hombres de igual manera, a menudo exige más que igualdad simple ante las leyes e instituciones existentes. Como han señalado por largo tiempo las feministas, muchas leyes e instituciones están estructuradas alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres¹¹. Cuando éste es el caso, la igualdad de género exige la eliminación de estas normas masculinas, como primer paso para traer la igualdad a las mujeres. De éstas se dirá mucho más, pero por ahora será suficiente un simple ejemplo: las normas del o la trabajadora ideal en el trabajo de mercado.

Este trabajo está diseñado alrededor de un trabajador ideal que labora tiempo completo y extra, y no toma tiempo libre para partos ni crianza de criaturas. Esta no es una norma sin género. Está estructurada alrededor de los cuerpos de los hombres, quienes no quedan embarazados. También alrededor de las biografías de ellos, quienes –tanto tradicionalmente, como hoy, en las dos Américas– están apoyados por un torrente de servicios domésticos de ellas. Las mujeres en los Estados Unidos todavía hacen dos tercios del trabajo del hogar y el 80% del cuidado infantil; una sospecha que los números son todavía más altos en otras partes. Ellas no gozan del torrente de trabajo familiar que apoya a los trabajadores ideales masculinos, ni tampoco disfrutan de otros privilegios de género que les permiten a los hombres cumplir como trabajadores ideales; por ejemplo, la capacidad de mudar a sus familias para recibir capacitación, o para aprovechar buenas oportunidades de trabajo¹².

Personas con varias formas de cuerpo pueden desempeñarse como trabajadores ideales –no es una norma vinculada al sexo. Pero sí con el género: con los privilegios de género que gozan los hombres como grupo. Por lo tanto, otorgarles a las mujeres iguales oportunidades para desempeñarse como trabajadoras ideales, solamente les da oportunidad de vivir según las normas fijadas por ellos, sin tener cuerpos de hombre ni contar con el torrente de trabajo familiar asequible a los trabajadores ideales masculinos. Tratar a hombres y mujeres igual frente a la norma del trabajador ideal masculino no ofrece verdadera igualdad de género, sino una continua discriminación contra las mujeres.

La igualdad de género sin discriminación requiere, primero, que la norma del trabajador ideal sea sustituida con una que no exija de las personas

11 Ver *idem.*, págs. 36-37 (cuerpos y biografías de hombres).

12 Ver Williams, *op. cit.*, Introducción.

que trabajan, el poder social que tienen los varones, ni el torrente de trabajo familiar y otros privilegios asequibles a la mayoría de los hombres, pero a muy pocas mujeres. Este artículo generaliza este punto, argumentando que la igualdad sin discriminación exige, no sólo igual trato a ambos sexos, sino también la deconstrucción de las normas masculinas actualmente empotradas en muchas leyes e instituciones sociales. Para identificar las normas masculinas y valorar cómo diseñar nuevas políticas que sustituyan las instituciones y normas tradicionales generizadas, es necesario un análisis de la igualdad que incluya uno del género como poder social.

El entendimiento consecutivo de la igualdad elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio de la forma en la cual la persona que toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras situaciones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos / as actores / as sociales, muchas/os de ellas / os motivadas / os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos / as actores / as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige, no sólo igual tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.

I. Igualdad ante la ley

1.1. Eliminando los privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres y las desventajas tradicionalmente padecidas por las mujeres

Empiezo con situaciones en las cuales la igualdad de género no exige más que igual trato ante la ley. En los Estados Unidos, este principio fue establecido en

la legislación constitucional por litigios que llevó Ruth Bader Ginsberg, quien entonces trabajaba para una organización no gubernamental llamada *American Civil Liberties Union Women's Rights Project*, y ahora es magistrada de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Ginsberg entabló casos diseñados para eliminar las desventajas tradicionales de las mujeres ante la ley. Ejemplo entre éstos es aquel de 1971, que objetaba una ley estatal de la Florida, la cual estipulaba que si dos personas de categoría elegible aspiraban a administrar un patrimonio, se preferiría automáticamente al hombre por sobre las mujeres¹³. El Estado de Florida justificaba la ley diciendo que daba trato diferente a hombres y mujeres porque, de hecho, no eran iguales: sus roles domésticos y su exclusión de los públicos, significaba que la mayoría de las mujeres probablemente tendrían menos pericia en asuntos financieros de la que tendrían los hombres. Un feminismo que permitiera que se trate diferente a las mujeres cuando «verdaderamente» son diferentes, dejaría a las mujeres vulnerables ante este tipo de tratamientos discriminatorios.

La solución de Ruth Bader Ginsberg fue desviar la atención de las diferencias, y argumentar que se debería prohibir a las y los actores gubernamentales categorizar a las personas individuales con base en el sexo. En parte, esta estrategia se originó en las peculiaridades de las leyes constitucionales de los Estados Unidos, pero también reflejó su comedido cálculo de que, si a las legislaturas estadounidenses se les permitía usar categorías basadas en el sexo, terminarían usándolas para colocar a las mujeres en roles tradicionales de género. Por lo tanto, la insistencia de Ginsberg en prohibir el uso de categorizaciones basadas en el sexo no era tanto una *teoría* de igualdad, como una *estrategia* para restringir a actores con quienes no se podía contar para no discriminar, si se les permitiera tratar a las mujeres diferente que a los hombres.

En la actualidad, en Latino América, la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales continúa siendo un punto importante en la agenda. Quizá un ejemplo sobresaliente es la ley guatemalteca, la cual todavía exige a las mujeres permiso de sus maridos para poder salir a trabajar¹⁴. La aplicación del principio que prohíbe a las legislaturas categorizar con base en el

13 *Reed v Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

14 Código Civil de Guatemala, Párrafo IV, Art. 114, Esta sección del código se sostuvo contra una recusación constitucional en la Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Expediente 84-92, y ha sido apelada ante el sistema interamericano.

sexo, declararía sin lugar ese, estatuto, como incongruente con la igualdad de género.

Otros casos también atañían a la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales sobre los beneficios sociales, que han acompañado el rol de macho proveedor. En uno de ellos, *Weinberger v Weisenfeld*, la ONG de Ginsberg representó a un padre, quien quería quedarse en casa criando a su hijo después de la muerte de su esposa¹⁵. No lo podía hacer porque la Seguridad Social otorgaba pensión a las viudas, pero no a los viudos. La Corte Suprema dictó que otorgarles la pensión solamente a ellas, violaba la garantía de igual protección en la Constitución de los Estados Unidos. En otro caso, *Frontiero v Richardson*, la misma representó a una soldada, quien quería declarar a su marido como dependiente, para poder calificar para una bonificación más alta de alquiler y beneficios médicos y dentales para su familia. No podía hacerlo, porque las regulaciones militares permitían que todos los hombres declararan a sus esposas como dependientes, pero exigía a las mujeres que deseaban hacer lo mismo, probar que ellas ganaban la mitad, o más, de todo el ingreso familiar. De nuevo, la Corte Suprema eliminó la regla objetada como una violación a la Cláusula de Igual Protección¹⁶.

Weisenfeld y Frontiero extendieron a las trabajadoras ideales, privilegios tradicionalmente ofrecidos solamente a los trabajadores ideales. En este tipo de contexto, la igualdad requiere solamente de igual trato a ambos sexos, porque ellas ya están ocupando el rol de trabajador ideal tradicionalmente restringido a ellos, y el único obstáculo en su camino para poder gozar de privilegios asociados con ese rol masculino, son las reglas formales que limitan la elegibilidad de esos privilegios a los hombres.

Dado que los privilegios tradicionalmente asequibles a los varones son incongruentes con la igualdad de género, ¿cual es el remedio adecuado? Aunque a este paso no se le ha reconocido la necesidad de un análisis preciso en el feminismo de los Estados Unidos, de hecho, es extremadamente importante desarrollar un método separado para diseñar la medicina adecuada, una vez que se ha determinado que la ley o regla actual viola el principio de igualdad de género.

En este contexto, es digna de nota la estipulación del código peruano, que con la pretensión de eliminar la regla tradicional de que las mujeres ca-

15 420 U.S. 636 (1975).

16 411 U.S. 677 (1973).

sadas no pueden trabajar fuera de la casa sin permiso de sus maridos, extiende ese derecho de veto a las mujeres. Cito:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro¹⁷.

Para captar porqué este remedio es inadecuado, es necesario combinar un análisis de igualdad, con un análisis de género y poder. En los Estados Unidos, este análisis ha tendido a enfocarse en la erotización de la dominación: en las formas en las cuales nuestra sexualidad está vinculada con la erotización del ejercicio del poder sobre las mujeres, en la violencia doméstica, el hostigamiento sexual y la violación. Pero nuestras estructuras de trabajo y familia heredadas, también operan para dar a los hombres poder sobre las mujeres: ejemplos sobresalientes son la norma del trabajador ideal y el sistema resultante, el cual procura el cuidado de la niñez marginando económicamente a quienes lo proporcionan. Es necesario que las feministas hagan un análisis de género y poder en cada análisis de igualdad de género, excepto en la limitada situación en la cual el asunto es si las mujeres que viven según las normas masculinas pueden recibir privilegios tradicionalmente asequibles sólo a los hombres.

Para volver al estatuto peruano, el análisis parte del hecho que, en todas las Américas, se considera, tradicionalmente, que los hombres son quienes se ganan la vida, son los proveedores, mientras que las mujeres no¹⁸. Este patrón ha sido puesto en tela de juicio por el feminismo, con el resultado de que los roles de las mujeres son cuestionados y están en proceso de cambio. Pero el deber y derecho de los hombres a trabajar en el mercado nunca ha sido seriamente puesto en duda, ni antes del feminismo, ni ahora. Por lo tanto, los hombres tienen permiso tácito para trabajar fuera del hogar, por el rol de proveedor que se vincula culturalmente con la masculinidad. Por la unión entre trabajo de mercado y hombría, la mayoría de ellos siente que no les queda más elección que desempeñarse como trabajadores ideales, hasta donde su clase y raza se los permite. El vínculo cultural entre trabajo de mercado y hombría también significa que pocos hombres tienen elección eco-

17 Código Civil. Analizado y comentado por el Dr. Hemán Figueroa Estremadoyro. Título II, Art. 293. Colección Jurídica Inkari, 1998.

18 Ver Potuchek, Jean. *Who Supports The Family? Gender And Breadwinning In Dual-Earner Marriages*, 1997; Williams, op. cit., Introducción.

nómica alguna, más que trabajar, ya que la mayoría típicamente gana más que sus esposas¹⁹.

Dadas estas condiciones sociales, pocas mujeres tendrán oportunidad real de prohibirle a sus esposos que trabajen afuera del hogar, aunque una ley les dé derecho formal de hacerlo. Como señaló Alda Facio, la ley debe analizarse en tres niveles; darles a las mujeres un derecho formal que nunca se ejercerá por causa de los derechos que los hombres tienen a nivel social, no es un remedio que ofrezca verdadera igualdad. La concesión formal a las mujeres, de poder de veto sobre sus maridos, se vuelve una ficción cínica²⁰.

Lo mismo no es cierto de la prohibición de los hombres al derecho de ellas a trabajar fuera del hogar. En el nivel social de la costumbre, no hay aprobación tácita que otorgue a las mujeres el derecho a involucrarse en el trabajo de mercado por el hecho de serlo (en agudo contraste con la situación con respecto a los hombres). Además, impedir a una mujer su desempeño en el mercado laboral no se interpretaría como una castración a su feminidad, mientras que si se hiciera lo mismo a un hombre, se entendería como una castración a su hombría. Para terminar, por supuesto que muchos esposos pueden darse el lujo de prohibirles a sus esposas trabajar fuera del hogar, porque la mayoría de ellos gana más que ellas (en gran parte, porque han gozado de dos privilegios masculinos clave: el derecho a un torrente de trabajo familiar de sus esposas, y el derecho a mudarse con sus familias, si es «necesario» para promover sus carreras). En este contexto social, el otorgamiento a los hombres de poder de veto sobre la participación de sus esposas en la fuerza laboral, no es una ficción. Al contrario, es muy real.

Hasta que no evaluemos cualquier remedio propuesto contra un análisis de la relación entre género y poder, no podremos estar seguras de que aquel no implica dar a las mujeres igualdad formal en una situación en la cual el género empotrado dentro de la economía y dentro de nuestras definiciones de masculinidad y feminidad- volverá completamente ficticio lo que a primera vista parece ser igual trato. Un análisis de género y poder nos demuestra que, al enfrentar problemas que se originan de los privilegios tradicionales

19 Los hombres en los Estados Unidos ganan, en promedio, 70% de los ingresos familiares. Rose, Stephen. *On Shaky Ground: Rising Fears About Incomes And Earning*. National Commission for Employment Policy Research Report No. 94-02, 1994.

20 Facio, Alda. *Cuando El Género Suená, Cambios Trae*. 1996, págs. 73-86.

de los hombres y de las desventajas tradicionales de las mujeres, la verdadera igualdad de género exige eliminar las desventajas tradicionales vinculadas con el sexo tanto para ellos como para ellas, más que pretender aplicar la desventaja «por igual» a ellos, en un contexto social en el cual tienen ciertos privilegios sociales de los cuales las ellas carecen.

Aunque el principio de igual trato ante la leyes muy importante en los casos que atañen a los privilegios tradicionalmente gozados por los hombres, el planteamiento de tratar a mujeres y hombres de igual manera choca con dificultades cuando se aplica, no a las desventajas tradicionales de ellas, sino a sus privilegios tradicionales. Un ejemplo de ésto es la pensión alimenticia.

Esta es uno de los (relativamente pocos) derechos económicos otorgados a las mujeres que proporcionan cuidado y atención. Como señalé anteriormente, el principio de igualdad, tradicionalmente, se ha aplicado ampliando la pensión alimenticia, para que ésta no esté limitada solamente a ellas, sino que también sea asequible a ellos. También señalé antes el hecho de que este cambio a menudo causa daño a las mujeres, y ha llevado a algunas feministas en los Estados Unidos a preguntarse si la igualdad las daña o las ayuda. Se me ha dicho que también algunas latinoamericanas se preguntan lo mismo frente a nuevas leyes de pensión alimenticia, neutrales en términos de género.

1.2. Eliminando privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres

«Lo que es bueno para el ganso es bueno para la gansa también». En otras palabras, no podemos esperar eliminar privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres, sin también eliminar los privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres.

Algunas feministas estadounidenses han argumentado que la confusión generada por la teoría de la igualdad es señal de que las feministas deberían evitar la gran teoría, y concentrarse en aquello que ayudará a las mujeres, sin preocuparse por las implicaciones teóricas involucradas²¹. Esta sugerencia va más de acuerdo con la disposición norteamericana, con su aversión por la teoría, que con la latina, en donde la amplia gama de discurso político hace que la gente sea más conciente de lo que hace y sus acciones se reflejan en la

21 Ver Fineman, Martha. Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship. 42 Fla. L. Rev. 2S (1990).

teoría. Este abordaje antiteórico tiene riesgos en cualquier contexto, porque manda el mensaje de que las feministas están dejando de lado su reclamo moral por la igualdad, y están en la arena, con otros agentes políticos, en una rebatía por lograr lo que sea.

Para generar una teoría congruente, una debe empezar por que la posición de eliminar privilegios tradicionales masculinos, en nombre de la igualdad, también exige eliminar los asignados solamente a las mujeres. Pero esto no dicta ningún *remedio* particular, sobre cómo proceder después de que los privilegios vinculados con sexo se eliminan. En el contexto de las pensiones alimenticias han surgido problemas cuando las normas tradicionales de la pensión, vinculadas con el sexo, son cambiadas para que los hombres también sean elegibles para ella, con base en la necesidad.

Aunque la necesidad es la prueba tradicional para la pensión, el requisito se impuso para limitar la gama de esposas elegibles en un contexto social en el cual virtualmente todas las esposas eran económicamente dependientes de sus maridos²². En el mundo en el cual se formuló la norma para las pensiones alimenticias, aquello fue aceptado como un hecho. El propósito de la norma de la necesidad era limitar la pensión para una subclase de esposas dependientes: aquellas sin habilidades laborales o sin un ingreso independiente para mantenerse sin la ayuda de sus exmaridos.

En resumen, el propósito de las pensiones era ofrecer ingresos post matrimoniales a personas adultas que habían sido marginadas por el rol de esposas, o más precisamente, por el rol de cuidado que asumen las madres casadas, cuyo trabajo fue (y es) proporcionar aquel torrente de cuidado infantil y otros servicios domésticos necesarios para apoyar al marido trabajador-ideal. De esta manera, una norma neutral en términos de sexo para la pensión alimenticia la proporcionaría a todas las personas, sin importar la forma de sus cuerpos, que hubieran desempeñado el papel de cuidador I a marginada I o que exige la actual estructura del trabajo de mercado, siempre que pudieran demostrar necesidad.

De esta manera, en el caso mencionado en la introducción, del artista cuya esposa se había desempeñado tanto en el trabajo de mercado como en el grueso del trabajo familiar, por mientras duró el matrimonio, la pensión no sería ase-

22 Ver, por ejemplo, Uniform Marriage & Divorce Act, Sección 308.

quible. Porque la dependencia del artista difiere de aquella de la esposa tradicional. A diferencia de ella, el artista no aportaba el torrente de trabajo familiar para apoyar la capacidad de su esposa para desempeñarse como trabajadora ideal. El no asumió el rol de cuidador marginado que da pie a las solicitudes de pensión. Por lo tanto, él no llena el requisito mínimo, no cargó con el rol marginal, tradicionalmente desempeñado por las mujeres.

En contraste, tomemos la situación de un hombre que ha sido amo de casa, que ha dejado su carrera para cuidar a la prole, mientras su esposa se desempeñaba como trabajadora ideal. En ese contexto, el esposo desempeñó el rol de género para el cual fue diseñada la pensión alimenticia. Por lo tanto, a él se le permitiría pedirla, si pudiera probar que tiene necesidad de ella.

Es de notar que el punto clave, en contextos que atañen a los privilegios tradicionales de las mujeres, es que éstos deberían desvincularse del sexo —de la forma del cuerpo— y vincularse al *género* —a los roles sociales tradicionalmente asignados a las mujeres.

Un reexamen del trabajo temprano de las comunmente consideradas feministas de la igualdad (sameness), Ruth Bader Ginsberg y Wendy Williams, demuestra que estos son los tipos de remedios por los cuales ellas abogaban²³. Entonces, ¿de adonde vienen las acusaciones de que existe un grupo de feministas de la igualdad que defienden tratar a hombres y mujeres por igual, aún cuando esa estrategia daña a las mujeres? Ahora vemos que esta denuncia significa que algunas feministas han abogado por eliminar los privilegios tradicionales ofrecidos a las mujeres. Esto describe a unas pocas feministas. Por ejemplo, la connotada feminista norteamericana, Herma Hill Kaye (quien ayudó a Ruth Ginsberg a escribir el primer libro de texto sobre mujeres y Derecho, y quien es ahora decana de la escuela de leyes en Berkeley) abogó, por un tiempo, por abolir la pensión para las mujeres más jóvenes, con la esperanza de que esto las hiciera desistir de marginarse del trabajo de mercado. Pero pronto se dio cuenta de que esta propuesta dañaría a las mujeres, y la retiró, reconociendo que había sido poco atinada. Ahora vemos porqué. El principio general es que, cuando se trata de eliminar privilegios tradicionales

23 Ver, por ejemplo, Williams, Wendy W. "Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate", en *Foundations, op. cit.*, pág. 144; Williams, Wendy W. "Notes from a First Generation". 1989 U. Chi. L.F. 99; Ginsberg, Ruth Bader. "Gender and the Constitution". 44 U.Cin. L. Rev. 1, págs. 28, 30-40 (1975).

vinculados al sexo que tienen las personas que se dedican a dar cuidado, dichos privilegios deberían desvincularse del sexo (de la forma del cuerpo) y vincularse más bien al género (al rol social)²⁴.

Una vez adoptado este acercamiento, se eliminan algunas de las principales contraindicaciones del tratamiento igual a hombres y mujeres ante la ley. Otro ejemplo es la experiencia con la eliminación de la custodia materna. En ese contexto, la tendencia predominante en los Estados Unidos ha sido hacia la custodia compartida. Este resultado podría parecer mandato de los tratados de derechos humanos, que dictan que ambos, padre y madre, conservan derechos paterno/maternos después del divorcio.

La custodia compartida funciona bien en aquellas situaciones, la minoría, en las cuales ambos, madre y padre, la eligen libremente porque están igualmente comprometidos a proporcionar la mitad del cuidado diario de la criatura; de hecho, en ausencia de violencia o algún otro problema agudo en la dinámica familiar, ésta es probablemente la solución ideal de custodia. El problema con la custodia compartida, al estilo norteamericano, es que, cuando se convierte en presunción en casos en los cuales no se comparte por igual el cuidado diario, ésta le da al padre los mismos derechos de controlar la vida y trabajo de la madre que tuvo durante el matrimonio. En aproximadamente un 90% de las familias con custodia compartida, la criatura todavía vive con la madre, pero como la custodia es legalmente compartida, el padre gana derechos importantes. Primero, conserva, en efecto, el derecho que los padres tienen en el matrimonio intacto: proporcionar solamente un pequeño porcentaje del trabajo diario de la crianza, mientras mantienen iguales derechos en tomas de decisión importantes para ésta. Que el padre tenga el derecho de disponer cómo deben las madres desempeñar el cuidado y atención necesarios para criar una criatura, está muy alejado de la igualdad para las mujeres. Segundo, las cortes han mostrado menos voluntad, en casos en los cuales padre y madre tienen custodia legal compartida, de permitir que la madre se mude, para tener un mejor empleo, o estar cerca de la familia u otras redes de apoyo. Esto es de particular importancia porque, en las familias intactas, la familia muy a menudo vive en dónde al padre le convenga más, ya sea por su trabajo u otras preferencias. Prohibirle a la madre mudarse

24 Kaye, Herma Hill. "Equality and Difference: A Perspective on No-Fault Divorce and Its Aftermath". 56 *U.Cin. L. Rev.* 1 (1987); Kaye, Herma Hill. "Commentary: Toward a Theory of Fair Distribution". 57 *Brook. L. Rev.* 755 (1991).

después del divorcio, en efecto, obliga a la madre a continuar viviendo en un lugar elegido por las conveniencias de su anterior marido, hasta después de que el matrimonio ha terminado. En una sociedad en la cual se espera que las esposas sigan a sus esposos, prohibirle a una madre que tiene la custodia mudarse, también significa que ella tendrá, a menudo, que escoger entre la prole y un nuevo marido, quien quiere o «necesita» mudarse para perseguir buenas oportunidades de trabajo²⁵.

Es claro que la custodia compartida va en contra de las mujeres de muchas maneras. También lo hace el análisis predominante, que es investigar cuál es el mejor interés del o la niña²⁶. Esto se convierte en una pesquisa sobre quién es el mejor padre o madre, en un contexto social en el cual los jueces a menudo asumirán que, un padre que hace el 20% del trabajo familiar es más admirable que una madre que hace el 50%, si en la sociedad la mayoría de las madres hacen el 100% y muchos padres virtualmente nada. El no expresado y muy sexista supuesto de que el trabajo de cuidado y atención que proporcionan las madres es derecho de los padres, a menudo distorciona la investigación a la cual «los mejores intereses del o la niña» obligan.

Una alternativa es cambiar privilegios que tradicionalmente se vinculan con la forma del cuerpo, en privilegios vinculados con roles de género. Esto significaría la presunta custodia de cualquiera que haya marginado su participación en el mercado de trabajo, para proporcionar cuidado y atención. La mejor propuesta es la de Karen Czapanskiy, que parte del principio que –en una sociedad que procura el cuidado infantil marginando a quién lo da– la niñez necesita poder depender, no sólo del cuidado continuo del o la adulta de la cual dependen, sino también del otro, padre o madre, para que apoye a la persona que da el cuidado. Por lo tanto Czapanskiy propone que, después del divorcio, la custodia se otorgue como reflejo de la división del cuidado infantil mientras el matrimonio (o unión libre) estuvo intacto, y que la persona que no tiene la custodia primaria tiene derecho al apoyo de su anterior

25 Ver Bartlett, Katharine y Harris, Angela. *Gender And Law: Theory, Doctrine, Commentary*. 1998, págs. 457-64 (información sobre los impactos de la custodia conjunta).

26 Cf. Kearney, Mary Kate. "Symposium: Children and the Law. The New Paradigm in Custody Law. Looking at Parents With a Loving Eye". 28 Ariz. St. L.J. 543, pág. 553 (1996) (resúmenes de críticas de las normas del mejor interés: «pueden fácilmente convertirse en un resumen de los prejuicios de una persona individual».)

pareja. «Apoyo» implica no sólo apoyo financiero; bajo este modelo, las visitas del padre o la madre que no tiene la custodia se convierten, no en privilegio, sino en deber. Este modelo proporciona sanciones importantes en una sociedad en donde los padres llegan a visitar sólo cuando a ellos se les antoja, y llenan de decepción a la criatura cuando a ellos no se les antoja²⁷.

Para resumir: la igualdad formal, o la igualdad ante la ley, es un importantísimo principio para lograr la igualdad de género. En contextos en los cuales están involucrados los privilegios tradicionales de los hombres, la igualdad se puede alcanzar simplemente abriendo esos principios para todas las personas, sin que importe la forma del cuerpo. En el contexto de los privilegios tradicionales de las mujeres, el remedio correcto es hacer esos privilegios accesibles a todas las personas que asumen roles de género - notablemente el papel de cuidadora marginada- que tradicionalmente desempeñan las mujeres.

La igualdad formal es un primer paso importante para lograr la igualdad para las mujeres, por varias razones. Es efectiva para abrir los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres; como son los beneficios que han tradicionalmente acompañado la condición de trabajador ideal. También es efectiva para eliminar las tradicionales desventajas de las mujeres, como es la prohibición para ellas de hacer trabajo de mercado sin el permiso de sus maridos. Finalmente, es positiva para abrir las ventajas tradicionales de las mujeres para hombres que desempeñan roles tradicionalmente asociados con las mujeres, especialmente el de cuidadora marginada. (Lo último es importante, porque sin ello, los hombres no comenzarán a interesarse en ocupar roles de cuidado y otros, tradicionalmente desempeñados solamente por mujeres.)

En cada contexto, el compromiso con la igualdad formal debe venir acompañado de atención especial a la manera de moldear el remedio que abra el camino para el cambio de género (gender flux), sin dañar a las mujeres que están en roles tradicionales. Estas medidas correctivas pueden servir para exacerbar la

27 Ver Czapanskiy, Karen. *Santa Clara L. Rev.* (1999) (por salir). Czapanskiy trabaja sobre la sugerencia de Elizabeth Scott, de que la custodia debería ir de acuerdo con las proporciones de cuidado desempeñadas por padre y madre antes del divorcio. Ver Scott, Elizabeth. "Pluralism, Parental Preference, and Child Custody". *80 Cal. L. Rev.* 615 (1992). Hay que tener en cuenta que el modelo de Czapanskiy daría iguales derechos a padres y a madres que se encargan de la crianza básica. También les daría a padres que han tenido mayor participación en el cuidado durante el matrimonio más derechos después del divorcio, introduciendo, por lo tanto, en el matrimonio, un incentivo para que los padres asuman más igualitariamente el paternazgo.

desigualdad de las mujeres, en vez de aliviarla, a no ser que se diseñen con especial atención al vínculo entre género y poder. La sensibilidad al género y al poder brindará pautas para el diseño de medidas correctivas para lograr igualdad de género. Primero, *los privilegios tradicionales de los hombres* deberían extenderse a las mujeres que desempeñan roles tradicionalmente masculinos. Segundo, *las desventajas tradicionales de las mujeres* deberían ser eliminadas para ambos sexos; pretender extenderlas a los hombres, inevitablemente resultará ser una ficción. Finalmente, *los privilegios tradicionales de las mujeres* deberían extenderse a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de ellos, de sexo (forma del cuerpo) a género (roles sociales).

Todos estos pasos ayudarán a las mujeres que deseen moverse hacia roles tradicionalmente masculinos (y a los hombres que deseen moverse a roles tradicionalmente femeninos), sin eliminar los privilegios tradicionales de las cuidadoras marginadas y otras mujeres en roles tradicionalmente femeninos.

En este punto encontramos los límites de la igualdad formal. Porque la meta del feminismo no es simplemente permitir a una minoría de mujeres, quienes no se conforman con el estereotipo, entrar en roles tradicionalmente masculinos. El feminismo también debe dirigirse a las necesidades de la gran cantidad de mujeres que permanece en papeles tradicionalmente femeninos. Por ejemplo, aún en Estados Unidos, en donde grandes cantidades de mujeres integran la fuerza laboral, las madres permanecen al margen del trabajo de mercado: aproximadamente el 60% de las madres casadas y el 50% de las solteras, no se desempeñan como trabajadoras ideales, ni aún en el sentido mínimo de trabajar a tiempo completo²⁸. El objetivo final del feminismo es traer igualdad a las mujeres –no sólo a las mujeres cuyas biografías son iguales

28 Ver Kalleberg, Anne L. "Part-Time Work and Workers in the United States: Correlates and Policy Issues". *52 Wash & Lee L. Rev.* 771, pág. 780 (1996); Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, Unpublished Marital and Family Tabulations from the Current Population Survey. 1996, tbl.28A. («Unemployed Persons Not at Work and Persons at Work in Nonagricultural Industries by Actual Hours of Work at All Jobs during Reference Week, Marital Status, Sex, and Age, Annual Average 1995») (aquí en adelante Datos del BLS). He calculado el porcentaje de madres casadas que trabajan tiempo parcial sobre diferente base que el BLS. El Bureau clasifica a cualquiera que trabaje más de treinta y cinco horas por semana como tiempo completo; yo clasifico a cualquiera que trabaje menos de cuarenta horas por semana como tiempo parcial, basándome en mi percepción de que la mayoría de la gente empleada considera que tiempo completo es por lo menos cuarenta horas por semana.

a las tradicionales de los hombres. ¿Cómo, si en algo, ayuda la promesa de igualdad a las mujeres con cuerpos y biografías tradicionalmente femeninas?

II. Cuando la igualdad exige deconstruir normas masculinas

La idea de que gran parte del mundo está diseñada alrededor de las normas masculinas ha sido, por largo tiempo, básica en el análisis feminista. La mejor afirmación ha sido la de Catharine MacKinnon:

La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos– definen la historia, su imagen define a dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana²⁹.

Los horarios del trabajador ideal son otro ejemplo de la norma masculina. Especialmente en contextos, como Estados Unidos, en donde los trabajadores ideales trabajan cantidades considerables de horas extra, desempeñarse como trabajador ideal es incongruente con las nociones comunes de cuánta atención y cuidado de padre y madre necesitan hijas e hijos³⁰. Como ya se ha señalado, esto significa que, para desempeñarse como trabajador ideal, es necesario el apoyo de una esposa cuidadora marginada. Dejar este sistema intacto implica que la mayoría de las madres casadas «escogerán» no desempeñarse como trabajadoras ideales, porque para ellas esa elección significa algo diferente que para los hombres: ellos saben que si no les proporcionan cuidado a hijas e hijos, las mujeres lo harán, mientras que ellas saben que si no lo hacen ellas mismas, la única alternativa es delegarlo en una trabajadora doméstica. Aunque las domésticas hagan muy bien su

29 Mackinnon, *op. cit.*, pág. 36.

30 Ver Schor, Juliet B. *The Overworked American: The Unexpected Decline Of Leisure*, 1991.

trabajo, no son madres: poca gente siente que el cuidado materno / paterno y el cuidado de mercado es fungible. (He llamado a este sentido la norma de cuidado materno/paterno).

En este contexto, dejar intacta la norma del trabajador ideal no brinda igualdad para las mujeres. Impide la igualdad de oportunidades, salvo para las mujeres trabajadoras ideales: en los Estados Unidos, dichas mujeres ganan el 90% del salario promedio de los hombres³¹. y las madres, que componen casi el 90% de las mujeres, ganan solamente el 60% del salario promedio de los padres³². Estas estadísticas reflejan que, ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. La verdadera igualdad económica de las mujeres exige deconstruir la norma del trabajador ideal, y reconstruir el trabajo de mercado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan.

Existe literatura abundante sobre otros tipos de normas masculinas. Un ejemplo sobresaliente es el elegante análisis de Elizabeth Schneider, de la forma en que los jueces aplican la doctrina de la defensa propia en el derecho penal. En los Estados Unidos, el caso paradigma para la defensa propia es una riña de bar. En ese contexto, los jueces exigen que la amenaza sea «inminente» para que se justifique el uso de la defensa propia. (Entiendo que en muchos países latinoamericanos también es necesaria una amenaza inmediata, aunque el caso paradigma es el de un intruso en el hogar)³³.

Schneider señala que esta norma para la defensa propia deja a muchas mujeres vulnerables en casos de violencia doméstica. El ejemplo clásico es cuando un marido o conviviente la ha golpeado severamente durante varios años. Luego las golpizas se intensifican en fuerza o frecuencia, ya menudo hay amenazas de muerte. Supongamos que ella ha tratado repetidamente de

31 Ver Waldfogel, Jane. "Understanding the «Family Gap» in Pay for Women with Children". 12 *J. Econ. Persp* 137 (1998).

32 Ver Waldfogel, Jane. "Effect of Children on Women's Wages". 62 *Am. Soc. Rev.* 209 (1997).

33 Ver Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering". 14 *Women's Rts. L. Rep.* 213, págs. 218-30 (1992); Conversación con Marcela Huaita, diciembre de 1998.

huir, o no lo ha intentado porque cree que cumplirá con sus amenazas de matarla si lo hace. En los Estados Unidos ella tiene derecho a una orden protectora que le prohíbe a él acercársele, pero obviamente la policía no puede protegerla las veinticuatro horas del día. Quizás ella haya intentado ir a la policía antes, y han rehusado ayudarla; más bien le han preguntado qué ha hecho para provocarlo, y le han recomendado que evite hacerlo en el futuro. En consecuencia, ella (justificadamente) cree que no puede contar con la protección policíaca, y que si trata de irse, él la matará. Ella rehúsa desaparecer, porque eso implicaría aislarse de sus hijas, hijos, nietos, nietas y otras personas de la familia, e irse a una ciudad desconocida, en donde no tiene ni trabajo ni ataduras. Así que espera hasta que, en un patrón a menudo repetido, él se emborracha, la golpea, y cae en la cama, atontado por el alcohol. Entonces ella lo mata.

¿Defensa propia? No: no había amenaza inmediata. Para entender porqué su comportamiento fue defensa propia legítima, necesitamos recordar sus características de género, de mujer típicamente femenina. Haber sido golpeada repetidamente y no haber correspondido de la misma manera, es el comportamiento que una a menudo ve entre las mujeres, pero raramente entre los hombres. El hecho de la violencia doméstica en sí es un fenómeno generalizado, que se origina del sentimiento que tienen algunos hombres, de que, para tener la dignidad masculina que se merecen, ellos deben ejercer poder sobre «su» mujer. A menudo conlleva elementos sexuales también: muchos agresores encuentran erótico ejercer poder brutal sobre sus amantes. También es un asunto generalizado el hecho de que muchas víctimas de violencia no puedan salirse de esa situación, ya sea porque son económicamente dependientes de su agresor, o porque tienen la responsabilidad del cuidado de la prole, o por ambas razones. El hecho de que esta víctima no encontrara ayuda de la policía también es generalizado: ¿Cuál víctima de robo sería interrogada para ver qué provocó el robo? Finalmente, el hecho de que la perpetradora esperó hasta que su agresor estuviera dormido es generalizado: ella no se sentía capaz de poder contra él, ya sea porque es más fuerte que ella, o porque está entrenado a pelear de una manera que ella, como mujer, no lo está.

Para entender porqué una mujer en esta situación de violencia aguda y crónica mató a su agresor, y porqué esperó hasta que él estuviera dormido para hacerlo, una debe entender su experiencia de género, como mujer y

como madre. Esto no implica que debemos tener una norma para la defensa propia de las mujeres, y otra para la de los hombres. De hecho, si un hombre se encontrara en la misma situación que nuestra mujer hipotética –recibiendo por años trato brutal, de alguien más fuerte y mejor entrenado para pelear, incapaz de escapar de la situación, en donde las autoridades se han mostrado renuentes a ofrecerle la clase de protección que ofrecen a otros / as ciudadanos / as similarmente inocentes– a él también debería otorgársele el beneficio de la doctrina de defensa propia. El punto no es que las mujeres deberían ser tratadas de manera diferente a los hombres, sino que cualquier persona en la situación en que típicamente ellas se encuentran, debería ser considerada de haber actuado en defensa propia. El ofrecer la doctrina de defensa propia sólo a la gente que se defiende en una riña de bar –o a «uno» que defiende su casa de un intruso– constituye discriminación contra las mujeres, porque la ofrece en situaciones paradigma en la cual los hombres la necesitan, mientras que la niega en aquellas en que las mujeres la necesitan. Los jueces que usan la doctrina de la defensa propia de esta manera están violando el principio de igualdad de género.

Un análisis similar se puede hacer de las leyes sobre violación. Obviamente, los jueces tienen que diferenciar entre sexo consensual y violación. Típica mente, las leyes lo hacen por medio del requisito de que la víctima «se resista» al violador. Una norma más adecuada sería que la víctima indique su ausencia de consentimiento, *tomando en cuenta* que las violaciones están cargadas de potencial violento, y que la forma de resistencia que use reflejará su miedo de ser asesinada o herida severamente: de hecho, estudios indican que hay más peligro de muerte o de heridas severas si la víctima se resiste; tan es así, que mucha de la literatura sobre violación aconseja a las mujeres no resistirse. Seguramente no es demasiado pedir que los hombres eviten hacer sus solicitudes de sexo en situaciones tan cargadas de violencia, o la amenaza de ella, que el objeto de sus atenciones tema por su vida o su seguridad si dice que no³⁴.

De esta manera, el requisito de la resistencia en sí, indica que las leyes están más interesadas en proteger a los hombres de falsas acusaciones de violación, que en proteger a las mujeres de la violación: he aquí la primera

34 Ver Estrich, Susan. "Rape". *95 Yale L.J.* 1087 (1986).

norma masculina actuando en las leyes de violación. Esta primera norma masculina se exagera cuando los jueces aplican el requisito de la resistencia de maneras que, en efecto, exigen que la víctima luche hasta la muerte; si no, se le dicta que consintió en tener relaciones sexuales en tal situación. Interpretar el requisito de la resistencia de esta manera, otra vez, es adoptar el punto de vista de los hombres (naturalmente preocupados con las falsas acusaciones de violación) más que el de las mujeres (naturalmente preocupadas por evitar la humillación del sexo forzado).

Por supuesto, las leyes que dictan que toda una pandilla de violadores queda exonerada si uno del grupo se casa con la víctima, también reflejan las normas masculinas en dos sentidos³⁵. La primera es que esta ley define la violación como un crimen contra el derecho tradicional masculino de proteger el honor de la familia —el cual tradicionalmente ha tenido el sentido del interés de propiedad del padre al controlar la sexualidad de «sus» mujeres. Las mujeres, por supuesto, no han tenido nunca derechos de propiedad en la sexualidad de sus hombres. La segunda es que las leyes sobre violación, construidas de esta manera, tienen el interés de proteger las proezas sexuales de los hombres y su derecho a «deshonrar» mujeres; ésto explica la lógica (de otra manera oculta) de eliminar los cargos por violación cuando un hombre está de acuerdo en «renunciar» a su derecho tradicional a las vírgenes. Definir las leyes de violación para proteger dos derechos tradicionales de los hombres —el control de la sexualidad de las mujeres en su familia, y las proezas masculinas— es incumplir con el deber de dar igual protección a mujeres y hombres. Las doctrinas legales diseñadas para proteger los derechos de los hombres, más que los derechos humanos de las mujeres (en este caso a la autonomía sexual) incumplen con otorgar igualdad para las mujeres.

Estos ejemplos demuestran que las normas masculinas estructuran los tres niveles del derecho expuestos por Alda Facio: las reglas formales (como las leyes de violación) la forma en que se aplican las leyes (cómo las cortes definen lo que constituye resistencia en el contexto de una violación), y las costumbres sociales (cómo los empleadores estructuran el mercado laboral). La igualdad exige cambiar cada tipo de norma: no sólo cambiando las reglas formales, sino también cambiando la forma en que los jueces aplican las re-

35 Ver Atwood, Roger. *Perú Strikes Law (hat Allowed Marriage after Rape*. Reuters North American Wire, viernes 4 de abril, 1997, ciclo BC, LEXISINEXIS.

glas, y cambiando las costumbres sociales (como la norma del trabajador ideal) que están empotradas en reglas informales y expectativas no habladas.

A menudo estos tipos de normas masculinas se pueden cambiar cambiando una sola regla —las disposiciones del código que conciernen a la violación— o la forma en la cual juezas y jueces aplican la regla —por ejemplo cómo aplican el requisito de la resistencia. En otros contextos, sin embargo, las mujeres están en desventaja, no sólo por una mera regla o interpretación, sino por procesos que involucran a muchos actores diferentes, motivados por una variedad de estereotipos de los cuales apenas están conscientes, o de que están felizmente inconscientes.

Tomemos el ejemplo de mujeres candidatas a puestos políticos. Están en desventaja, primero ante la prensa, que cubre a los candidatos con preguntas sobre su posición política, y a las candidatas con preguntas que se enfocan más en la forma de sus piernas, que en la calidad de sus ideas. O están en desventaja cuando enfrentan preguntas sobre si sus hijas e hijos sufrirán cuando ella sea elegida, o si sus cónyuges objetan la candidatura. Estas preguntas nunca se le harían a los hombres, y mandan mensajes sutiles de que el verdadero papel de la mujer es servir a su marido y su prole; una conducta que sería interpretada como espíritu público en un hombre, se transforma sutilmente en egoísta e irresponsable en una mujer. También enfrentan desventajas las candidatas cuando la selección de candidatos se hace a través de la red de «amigotes», porque tienen menores probabilidades de ser incluidas en los momentos de formación de los lazos masculinos, los cuales ofrecen el estilo aceptado y las actividades claves, sean éstas los deportes, la cacería o el sexo extramarital. Juntas, éstas y otras fuerzas forman un campo de fuerza poderoso, que las saca de los roles tradicionalmente masculinos y las inserta en los tradicionalmente femeninos. Este campo de fuerza no es insalvable, por lo cual algunas mujeres —en particular aquellas con biografías masculinas— lo pueden sobrepasar. Pero las arrastra fuera de los roles políticos de poder y responsabilidad.

Cuando las desventajas de las mujeres se originan, no de una norma masculina que se mantiene en pie por una sola institución o un solo agente, sino más bien de muchas personas (mujeres y hombres) que actúan de manera descentralizada y que se dejan llevar por estereotipos (a menudo inconscientes), entonces no existe un método efectivo para eliminar las normas mascu-

linas desde su fuente. El problema se vuelve complejo, porque la única manera efectiva de, por ejemplo, cambiar los estereotipos de la gente sobre las mujeres candidatas es tener más candidatas. Pero el campo de fuerza que arrastra a las mujeres actualmente es tan fuerte, que pocas candidatas lo sobreviven - no porque sean menos capaces que los hombres, sino porque enfrentan retos que sus contrapartes masculinas no enfrentan.

En este tipo de contexto, la única manera de dar a las mujeres igual oportunidad es por medio de la acción afirmativa. Es de notar que la acción afirmativa es necesaria no para aliviar las desventajas pasadas de las mujeres; es necesaria para remediar la manera en que los estereotipos y otros tipos de norma masculina crean desventajas *contemporáneas* para las mujeres.

Los campos de fuerza que arrastran a las mujeres operan no sólo en la política, sino también en el lugar de trabajo, en donde las sacan de posiciones altas en la administración y las profesiones. La *Glass Ceiling Commission* del gobierno de Estados Unidos informó que el 97% de los empleos de alto nivel, profesionales y administrativos, en ese país, están todavía en manos de hombres blancos³⁶. En estos empleos, y también en muchos de nivel más bajo, tanto estereotipos como estructuras de trabajo, se combinan para convertir a las mujeres en candidatas no plausibles, o para afectar su aptitud de llenar las normas existentes en el lugar de trabajo. Alda Facio³⁷ da un brillante ejemplo, tomado de un folleto de educación popular no firmado (Boletín No. 12. Círculo de Estudios de la Mujer):

EL TRABAJA

El tiene una foto de la familia en el escritorio.
Ah! Un padre sólido, consciente de sus responsabilidades.

Su escritorio está desordenado.
Es un hombre muy ocupado.

ELLA TRABAJA

Ella tiene una foto de la familia en el escritorio.
¡Mmmm! ¡Su familia estará antes que su carrera!

Su escritorio está desordenado.
Ella es desordenada y dispersa.

36 Ver *Glass Ceiling Comm'n, U.S. Dep't O' Labor. Good For Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital*. 1995. pág. 12.

37 Facio, *op. cit.*, pág. 104.

El habla con sus colegas.
Debe estar discutiendo un último acuerdo.

Ella habla con sus colegas.
Ella sigue en puros copucheos.

El no está en su puesto.
Debe estar en una reunión.

Ella no está en su puesto.
¡De nuevo en el baño!

No está en su oficina.
Se reúne con los delegados.

No está en su oficina.
Se arrancó a hacer compras.

El almuerza con el gerente.
¡Seguro que lo van a ascender!

Ella almuerza con el gerente.
¡Seguro que son amantes!

El gerente le llamó la atención.
El mejorará su rendimiento.

El gerente le llamó la atención.
Seguro se pondrá histérica.

Lo trataron injustamente.
¿Se enojó?

La trataron injustamente.
¿Se puso a llorar?

El se casa.
Va a estar más tranquilo.

Ella se casa.
Pronto estará embarazada y se irá.

Tiene un bebé.
Necesitará un aumento.

Tiene un bebé.
Va a costar más cara a la empresa.

El parte en misión.
Es bueno para su carrera.

Ella parte en misión.
¿Qué dirá su marido?

El pidió un traslado.
El sabe reconocer una buena ocasión.

Ella pidió un traslado.
Jamás se puede contar con las mujeres.

Este cuadro presenta una metodología que comunica, con humor y sin cólera, cómo las normas masculinas funcionan y existen hoy en el lugar de trabajo. Uno de sus importantes mensajes es que mucha de la discriminación

se da a nivel inconsciente. La discriminación a veces refleja una creencia consciente de que las mujeres deberían permanecer en sus roles, pero cada vez más, ese proceso es bien diferente. Personas con los más altos ideales sobre la igualdad de las mujeres –mujeres tanto como hombres– a menudo albergan estereotipos que reflejan diferentes expectativas a nivel social para mujeres y para hombres. El ejemplo del significado social de la foto en el escritorio de él o de ella las ilustra muy vívidamente. En los Estados Unidos, estos estereotipos, a menudo inconscientes, son los que le dan forma a la discriminación actual. Pero ésta es la clase de discriminación que no está definida como tal en la Constitución de los Estados Unidos, porque la Corte Suprema ha definido «igual protección», en ese contexto, como discriminación *intencional*³⁸. El hecho es, que en Estados Unidos, la discriminación abierta e intencional es escasa. La Corte Suprema debería reinterpretar la Constitución para eliminar el requisito (relativamente nuevo) de que la discriminación debe ser intencional; el no hacerlo, significa que la Constitución no cumple con la protección a las mujeres de muchas de las principales formas en que se les discrimina en la actualidad. (El estatuto federal que prohíbe la discriminación en el empleo sí permite la recuperación de la discriminación inconsciente en algunas circunstancias.)³⁹

Sin embargo, los tratados de derechos humanos garantizan plena igualdad sin discriminación. Y como hemos visto, esto requiere no solamente igual trato ante las leyes, las instituciones y las normas existentes, sino también, igual trato bajo leyes e instituciones que no albergan normas masculinas. La igualdad de oportunidades exige no sólo tratar a hombres y mujeres por igual ante las leyes e instituciones existentes; exige cambiar aquellas leyes e instituciones que están estructuradas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres.

38 *Peronnel Adm'r of Massachusetts v Feeney*, 442 U.S. 256, pág. 274 (1979) «La discriminación intencionada es la condición que ofende a la Constitución.» (se omitieron citas internas).

39 Ver *Bartlett y Harris*, *op. cit.*, págs. 166-67 (en que cita Tille VII of the Civil Rights Act of 1964, Sección 701 et seq., como se enmendó, 42 U.S.C. Secciones 2000 et seq. y *Griggs v Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)).

2.1. Como esto difiere de “acomodar las diferencias de las mujeres”

¿Cual es la diferencia entre las propuestas presentadas aquí y las propuestas diseñadas para “acomodar las diferencias de las mujeres”, o darles «tratamiento especial?» Ambas fórmulas le atribuyen a los cuerpos y a las siques de las mujeres, la necesidad de un trato diferencial: necesitan permiso de maternidad porque dan a luz; necesitan carreras especiales designadas para mujeres porque crían hijas e hijos. Estas formulaciones tienen dos inconvenientes importantes: primero, esta estructura de «acomodamiento» hace difusa la distinción entre las diferencias biológicas de hombres y mujeres y las diferencias en los roles sociales; segundo, sirve para reforzar el sentir de que mujeres y hombres realmente necesitan ser tratados de diferente manera, debido a «verdaderas diferencias» que las feministas están tratando de negar.

En marcado contraste con los acercamientos que se fundamentan en “acomodar las diferencias de las mujeres”, el expuesto aquí no oculta las diferencias biológicas y sociales. Mantiene el enfoque en las normas masculinas, que hacen la diferencia de sexo entre hombres y mujeres significativa. Al hacerlo, la atención está en donde debe estar: en cómo los hombres están sistemáticamente en ventaja, gracias a un mundo construído alrededor de sus características sociales y físicas. Es este mundo el que produce la situación en la cual las mujeres requieren «adaptación especial».

Lo único que las mujeres necesitan es aquello que los hombres tienen: igual oportunidad en un mundo no cargado en su contra. La igualdad sin discriminación solamente necesita que las normas masculinas sean reemplazadas por nuevas normas que reflejen los cuerpos y experiencia de vida de las mujeres, así como también los de los hombres. Esta es la promesa de igualdad sin discriminación.

Igualdad, diferencia, discriminación*

María José Añón

Sumario

Introducción. I. Discriminación directa e indirecta. II. Discriminación individual y de grupo. III. La igualdad como principio jurídico complejo. IV. Acciones positivas y diferenciación para la igualdad. V. Modalidades de acción positiva.

Introducción

Acabo de señalar que el principio de igualdad, desde que fue proclamado por los revolucionarios franceses y con posterioridad en las constituciones, como tantos autores han puesto de relieve —aunque también algunos lo han malinterpretado—, puede y debe ser entendido como un principio normativo y no como una tesis descriptiva; como prescripción y no como aserción, como igualdad *en droits* de todos los hombres. De ahí que la igualdad sólo puede ser admitida como concepto normativo y no como un hecho, sino como valor, como prescripción, como respuesta (Laporta). De forma que, como sostienen Bobbio y Ferrajoli, lo decisivo del principio de igualdad, en tanto que principio jurídico, es que prescribe la igualdad en derechos.

* María José Añón, "Igualdad, diferencia y discriminación", Distribuciones Fontamara S.A., México D.F. 2001, pp. 23-59.

En primer lugar, por tanto, habría que deslindar igualdad, diferencia o diversidad, puesto que la forma de articulación de estos dos polos (igualdad/diferencia) ha dado lugar a dos posiciones básicas. En el marco de cada una de ellas podemos encontrar un planteamiento de las cuestiones y respuestas que me parecen más interesantes en este aspecto. El punto de partida es que la igualdad no es identidad ni homogeneidad, puesto que no prescinde de elementos diferenciadores. La igualdad como expresa De Lucas (1996; 493), parte de la diversidad, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes. Dos sujetos, situaciones o entidades son distintos o diversos si uno tiene y otro no una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en el que se habla de igualdad; o bien si ambos tienen el rasgo o la característica pero en una medida o grado distinto.

La diversidad, por su parte, no se contrapone a la igualdad, sino la identidad y la homogeneidad. Las dos condiciones nos ponen en relación con el orden de la diferencia que, al contrario que el de igualdad, es un término descriptivo. Significa que de hecho las personas no son iguales y que se encuentran en situaciones y condiciones diferentes, que la identidad de toda persona viene dada por sus diferencias. Desde este punto de vista se advierte sobre la necesidad de que las diferencias sean tuteladas, respetadas y garantizadas, no porque son diferencias sino como aplicación del principio de igualdad. Coincido plenamente con Ferrajoli (1993; 58) cuando afirma como consecuencia de ello, que no tiene sentido contraponer igualdad y diferencia porque si las diferencias son ignoradas o discriminadas la cuestión no es que se contradice la igualdad sino que se viola la norma de la igualdad. Es más - advierte el jurista italiano- sólo si se acepta esta asimetría entre igualdad como principio y diferencia como hecho, adquiere sentido el principio de igualdad como criterio de valoración orientado a reconocer y criticar la ineficacia de las normas respecto al tratamiento de hecho de las diferencias.

L. Gianformaggio (1993; 229 y ss) aborda el examen de esta cuestión a partir de lo que inicialmente califica como los dos paradigmas que en este momento se proponen en contextos político-jurídicos. Uno se denomina “teoría de la diferencia” y el segundo “teoría de la igualdad”, según se subraye la igualdad entre hombres y mujeres o bien la diferencia. Aunque ciertamente esta división puede parecer excesivamente reductiva o simplificadora, permite, sin embargo, explicar bien dos concepciones que, adelante, finalmente no parecen tanto alternativas

cuanto complementarias. Lo más interesante es que aquí se formulan reflexiones de importante calado que vamos a recuperar con frecuencia a lo largo de los problemas que iremos examinando. La teoría de la diferencia, sitúa el problema de la diferencia en el contexto de la exclusión, la opresión y el dominio. Plantea las relaciones igualdad/diferencia desde el punto de vista de las relaciones entre grupos. La teoría de la igualdad sitúa la igualdad en el contexto de la justicia distributiva y analiza el problema en términos de relaciones entre individuos. Ambas teorías, no obstante, tienen en cuenta e insisten en la diferencia entre el género femenino y el individuo mujer, ambas caracterizan las sociedades por la persistencia de estereotipos, en virtud de los cuales, cada mujer viene definida sobre todo a través de las características propias del género. Lo que tienen en común las dos concepciones es que lamentan que las mujeres sean tratadas como diferentes, siendo iguales.

Esta idea que L. Gianformaggio (1993; 221 y 230) denomina “diferencia lamentada” da lugar a la comprensión de un sentido distinto de diferencia. A estos efectos, la autora afirma que los juicios de igualdad pueden ser: descriptivos, en tanto que consisten en contrastar si se da un ente, hecho o situación que es considerado relevante; y prescriptivo, en virtud del cual se establece la relevancia de un aspecto, ente, hecho o situación con el fin de determinar un tratamiento o una regulación. Lo importante es que en estos dos supuestos la igualdad y la diferencia son conceptos relativos a un parámetro o unidad de medida. Pero añade que es posible un tercer sentido del par igualdad/diferencia cuya formulación proviene de la tesis de la diferencia y cuyo rasgo principal sería que la diferencia es entendida como una propiedad absoluta y no relativa a un contexto porque uno de los dos elementos de la relación es el modelo o parámetro respecto del cual afirma que el otro es igual o diferente. Este concepto es calificado por la autora italiana como “igualdad valorativa”, en la medida en que ser igual o diferente es una afirmación absoluta y cargada de valor, positivo para la igualdad y negativo para la diferencia. Tanto la tesis de la diferencia como la de la igualdad, en consecuencia, compartirían este sentido de igualdad “valorativa” pero difieren en la explicación del origen de tal diversidad, pues para la tesis de la diferencia es el producto de la ideología sexista que constituye una de las relaciones sociales de opresión y dominio entre grupos y que genera, de acuerdo con la posición de Young (1989, 1990) que tendremos ocasión de examinar, “ex-

plotación, marginación, ausencia de poder, imperialismo cultural y violencia”. Las relaciones sociales de dominio y opresión entre grupos dan lugar al modelo que hemos comentado, según el cual, lo característico y/o específico del grupo dominante es la norma y la diferencia estaría representada por los rasgos del grupo dominado. En este contexto diferente tiene el significado de inferior. De otro lado, la tesis de la igualdad sitúa, ya lo he señalado, el contexto de debate en el marco de la distribución de bienes materiales, bienes primarios, derechos, respeto, etc. Este punto de vista sitúa en el origen de la diferencia que se quiere superar un punto de vista prescriptivo que es el que originariamente da lugar a una distribución desigual, de ahí que se considere que en el factor sobre el que hay que intervenir para eliminar la diferencia “valorativa” es una distribución desigual que comporta una diferencia prescriptiva, esto es, que la distribución se ha realizado a partir de una medida o regla considerada injusta y de ahí surge una desigualdad y puede dar lugar a una discriminación. Las dos tesis, finalmente, centran su atención bien en la idea de diferencia como especificidad, bien en la idea de la diferencia en términos de reconocimiento de mérito y estos dos criterios constituyen la base de la prescripción, o sea, las razones de la diferencia prescriptiva.

La posición de Ferrajoli en este punto es un buen exponente de la teoría de la igualdad en tanto que considera que las diferencias, naturales o culturales, son connotaciones específicas que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas, se manifiestan como diversas identidades que se pretenden mantener o defender frente a la homologación con otras identidades y que son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades, económicas o sociales, son disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, su posición de poder y sus condiciones de sujeción. Las desigualdades, por tanto, suponen la existencia de una condición social y cultural distinta que nace de una condición histórica de discriminación social y jurídica que a su vez perpetúa los efectos de la discriminación social y de la discriminación jurídica indirecta (por ejemplo en relación con la ausencia de escolarización o de formación profesional). Estas desigualdades son las que tiene efectos de exclusión y precisan de tratamientos normativos en el contexto de la igualdad material, dado que se trata de superar la desigualdad. En este sentido, tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los dere-

chos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igualdad material a través de los derechos sociales fundamentales.

En cuanto al término discriminación, éste puede ser entendido básicamente en dos sentidos. Un primer significado neutro, según el cual discriminar significa distinguir, separar o clasificar y ello no comporta, en principio, consecuencias y/o connotaciones positivas o negativas. En un segundo sentido, como advierte Ma A. Barèrre (1997; 19 y ss) el término ha ido adquiriendo connotaciones peyorativas que hacen de él casi un sinónimo de términos como “parcialidad”, “prejuicio”, “favoritismo” o “intolerancia”. En este caso discriminar significa distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir, excluir. Esta distinta conceptualización tiene su proyección en el discurso jurídico donde se distingue, tal como muestra Rey Martínez (1995; 56 y ss) entre discriminación en sentido amplio, que comprendería las infracciones al principio general de igualdad y en sentido estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, religión, ideología, etc). Por su parte, Alfonso Ruiz Miguel (1996; 53) considera que resulta más clarificador a todos los efectos, y sobre todo en el sentido en que él lo propone, esto es, con objeto de diferenciar entre el principio genérico de igualdad y la prohibición de discriminación, dotar al término “discriminación” de un contenido restringido, según el cual no sería equivalente a desigualdad, ni siquiera a desigualdad injusta, sino un “tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social desclasificador, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo”.

De acuerdo con lo que mostrado hasta aquí, las diferencias se convierten en discriminaciones cuando se utilizan para justificar algún tipo de diferenciación que abierta o subrepticamente desvaloriza a un individuo en razón del grupo al que pertenece. En este caso, discriminar significa realizar un tratamiento diferenciado de ciertos comportamientos de ciertos sujetos a partir de una valoración diferenciadora de los sujetos (Gianformaggio, 1993; y 223). La cuestión estriba, por consiguiente, en el tratamiento diferenciado y negativo que tiene lugar a partir de rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o la ideología. Es decir, hay discriminación cuando se selecciona un rasgo que en un contexto está asociado a prejuicios descalificatorios y de ahí

se extrae un trato diferenciador injustificado, porque hay casos en que se atribuyen consecuencias jurídicas distintas ligadas a los rasgos que hemos señalado y no puede hablarse de trato injusto. La discriminación, de acuerdo, por ejemplo, a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, en el artículo 1, se refiere a aquellas situaciones en que se produce una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en rasgos como la raza, sexo, religión, ideología u otros que tiene como resultado menoscabar anular el reconocimiento y/o el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad, en cualquier esfera de la vida¹. Con todo, incluso este concepto restringido de discriminación es gradual y contextual, de forma que no sólo varían en el tiempo, el espacio y los contextos socioculturales determinados, sino que entre los dos extremos ocupados por la desigualdad y la discriminación habría, como advierte Ruiz Miguel, un *continuum*.

El trato diferenciado en virtud de criterios como puede ser la raza, el sexo, la confesión religiosa se ha considerado tradicionalmente como una discriminación que lleva aparejada como marca indeleble la consideración de injusta. Alfonso Ruiz Miguel (1996; 129-130) se pregunta por qué o en qué condiciones podemos afirmar que una discriminación es injusta y ofrece no sólo una interesante respuesta sino también una enumeración de las características que cumple un proceso de discriminación que asumo y entiendo plenamente aplicable a las diferencias de las que hablamos y las que examinaré en el capítulo próximo. La discriminación como distinción, diferenciación y tratamiento injusto supone: (a) una motivación despectiva y estigmatizadora de ciertas personas a las que se caracteriza por su pertenencia a un grupo y a las que por ello se les considera inferiores y mermadas en sus capacidades, (b) una finalidad u objetivo de mantenimiento de la desigualdad que se lleva a cabo a través de medidas discriminatorias en relación con los grupos desaventajados, (c) la discriminación afecta a otros bienes básicos, lo que genera situaciones de exclusión social, política y jurídica. En este sentido el derecho es un vehículo privilegiado de inclusión/exclusión al establecer, como ocurre en muchos lugares aún, la atribución de derechos distintos para varones y mujeres, d) finalmente, la discriminación tiene como resultado el mantenimiento

1 En terminos similares a estos se expresa el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965.

de las situaciones de marginación y opresión de grupos sociales desaventajados con lo que se aumentan paulatinamente las desigualdades.

I. Discriminación directa e indirecta

Una vez hemos delimitado un concepto y unas condiciones para hablar de discriminación, podemos abordar ahora la cuestión relativa a las clases de discriminación porque, como veremos, estas tienen importantes repercusiones en los debates sobre la igualdad. Atenderemos fundamentalmente a dos órdenes de clasificación. En virtud del primero la discriminación puede ser directa o indirecta y atendiendo al segundo criterio puede ser individual o de grupo.

Discriminación directa e indirecta. La discriminación es directa cuando se establece un tratamiento que es desfavorable, carece de justificación racional y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. La discriminación indirecta es aquella que hace abstracción de las diferencias y en virtud de la aplicación de criterios neutros para establecer un tratamiento igualitario, genera unos efectos desfavorables, perjudiciales o discriminatorios en unos sujetos frente a otros (Barrère, 1997; 23 ss). Por ejemplo, cuando para el acceso al cuerpo de policía se establece un requisito físico idéntico para ambos sexos, por ejemplo, medir como mínimo 1'65 m, se está situando en una posición de desventaja al sexo femenino porque en general no se alcanzan esas medidas en la misma proporción que los varones. Uno de los primeros textos jurídicos donde se encuentra una definición al respecto es *Sex Discrimination Act* (1975) británica, cuyo artículo 1 dispone: “Existe una discriminación indirecta cuando una persona aplica a una mujer un requisito o condición que aplica o aplicaría igualmente a un varón pero 1) es tal que la proporción de mujeres que pueden satisfacerlo es considerablemente menor que la proporción de varones que cumplen; 2) que la persona que lo aplica no puede mostrar que está justificado por otros criterios distintos al sexo de la persona a quien se aplica; y 3) y que como esa persona no puede cumplirlos, se perjudica a quien se exige. En este caso se pone de relieve una característica sobre la que no obstante se sigue discutiendo y es el peso de la intencionalidad o no en la discriminación.

Como se puede observar, en este caso, la intencionalidad no tiene relevancia alguna en la modulación de la discriminación.

En el contexto de la tutela antidiscriminatoria, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE) ha ido elaborando un conjunto de tesis en relación con la distinción entre discriminaciones directas y manifiestas y discriminaciones indirectas y ocultas. Lo ha hecho en relación sobre todo con supuestos relativos a la igualdad de salario en caso de igual trabajo entre hombres y mujeres. Inicialmente la determinación de un tipo u otro no era demasiado nítida y la jurisprudencia, en este sentido, muestra la complejidad evolutiva y conceptual del tratamiento de la discriminación en el ámbito europeo. Así, ha ido estableciendo paulatinamente las características de una situación de discriminación. No es posible concluir sin más que en virtud de la jurisprudencia europea en la materia se establezca la identificación, como ya he señalado, entre discriminación directa e intencional y discriminación indirecta u oculta y no intencional. Como afirma Barrère (1997; 71-2) en este sentido, esta cuestión no es en absoluto baladí, porque ha dado lugar, en numerosas ocasiones a que se diluya la idea de discriminación en la de intención. La mencionada autora considera criticable tal identificación básicamente por tres razones: primero, porque no habría discriminación sin prueba de la intencionalidad; segundo porque relega la discriminación indirecta a un papel subsidiario y finalmente porque da prioridad a la intención respecto a la discriminación, es decir, la calificación de “oculta” en realidad se aplica a la intencionalidad.

II. Discriminación individual y de grupo

La segunda clasificación a la que haremos referencia es la que distingue entre discriminación individual y de grupo. En este último supuesto se habla de grupos discriminados frente a otros (negros respecto a blancos, judíos frente a cristianos, mujeres frente a varones, extranjeros frente a nacionales). El núcleo de este supuesto se encuentra en la delimitación conceptual de “grupo social”. Como sabemos la autora más emblemática en esta posición es I.M. Young (1990; 42 ss) que caracteriza el grupo social como aquel colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas o modos de vida. Los miembros de un grupo poseen entre ellos una fi-

nalidad específica a causa de su similar experiencia o modo de vida, que les lleva a asociarse entre ellos más que con quienes no se encuentran identificados con el grupo o que lo están de diferente manera. Lo característico de este tipo de discriminación es que la sufre un individuo en razón de su pertenencia a un grupo que lo coloca en una posición de desventaja de diverso orden frente a otros sujetos.

Uno de los elementos centrales de la que hemos denominado “tesis de la diferencia” reside precisamente en examinar las relaciones de igualdad como relaciones entre grupos sociales o entre individuos caracterizados por su situación en un grupo social. Y por otra parte, este es uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta a la hora de hacer frente a las críticas a las medidas de acción positiva y las medidas de la denominada “discriminación inversa” y desde luego, tendremos ocasión de volver a plantearlo en el contexto de las propuestas de la denominada “ciudadanía diferenciada”. La tesis de la diferencia subraya la idea según la cual la igualdad sobre la que actúan las medidas de acción positiva o respecto a la que son instrumentales es una igualdad entre grupos, de forma, como veremos, que la acción positiva está encaminada a realizar la igualdad de oportunidades efectiva de los distintos grupos. Young (1989, 1998) apunta que las diferencias son el producto de relaciones de dominio y opresión social entre grupos, una relación compleja que da lugar a situaciones de marginación, explotación, ausencia de poder, anulación cultural o violencia. Ciertamente, como afirma Ma Vittoria Ballestrero (1996; 92-3), las mujeres constituyen un supuesto especial en este contexto si las comparamos con grupos étnicos, minorías lingüísticas, religiosas, etc. “Las mujeres –continúa– son la mayoría de la población en muchos países; además no constituyen un “grupo”, ya que su presencia está diseminada en el seno del grupo dominante y de los grupos minoritarios. Une entre sí a las mujeres –blancas y negras, ricas y pobres, cultas y analfabetas– una comunidad de género a la cual es lícito atribuir significados e implicaciones diversas, que desde hace mucho no han calado en casi nadie. Durante siglos la comunidad de género ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos de la exclusión. Hoy, en la medida en que existe el principio de igualdad, lo que confiere a la comunidad de género un valor

de “grupo” es el hecho de que, respecto a situaciones determinadas (el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, los cargos electivos, etc.) las mujeres aparecen como “grupo desaventajado” en cuanto que sistemáticamente infrarrepresentado”.

La idea en virtud de la cual existe una amplia gama de situaciones de exclusión, marginación y desventaja que experimentan los individuos en razón de su pertenencia voluntaria o involuntaria o de su posición en un grupo social no es nada cara a la teoría liberal y neutra de la igualdad; sin embargo, en mi opinión esta es una dimensión básica y previa a la hora de establecer un tratamiento determinado como aplicación del principio de igualdad. Por ello me parece que Barrère, entre otras muchas, acierta al sostener que la discriminación en razón del grupo no se diferencia de la individual únicamente por el número de personas afectadas, sino que requiere una teorización distinta, ni se puede introducir a modo de apósito en un derecho pensado para el individuo y sus derechos, aunque incluyamos al de igualdad, como resulta el modelo de derecho occidental (Barrère, 1997; 120).

III. La igualdad como principio jurídico complejo

En términos generales y en el contexto de las constituciones contemporáneas se asume que el principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de la misma comunidad constitucional, afirmación que retomaremos en el siguiente capítulo, tienen garantizados los mismos derechos constitucionales y, por otra parte, son iguales ante la ley y en la ley, es decir, tienen derecho a una igual protección de la ley. Rosenfeld (1998; 421) afirma, en este sentido, que estas normas son susceptibles de articularse de formas muy diferentes y sin embargo imponen ciertos límites a cómo pueden usarse las variables relevantes y en última instancia se reconducen a algunos de los principios siguientes, dependiendo básicamente de los presupuestos filosófico-políticos desde los que se analice, o a los tres conjuntamente: 1) el principio de igualdad de trato, 2) el principio de igual consideración y 3) el principio de igual resultado.

Claro que estos principios precisan, a su vez, una explicación de su contenido. A este respecto, coincido con la posición expresada por Ferrajoli en tanto

que el sentido más general y a la vez primero que puede atribuirse al principio de igualdad jurídica es el de universalidad de los derechos fundamentales en una doble dimensión, en tanto que contenido de significado de la igualdad en sentido jurídico y en tanto que engloba todos los derechos fundamentales: civiles, políticos y sociales. Así, la igualdad puede expandirse en dos direcciones, en la ampliación del número de derechos fundamentales como ejercicio de libertades y satisfacción de necesidades, o en la ampliación de los titulares de los derechos hasta coincidir con la totalidad de los seres humanos.

El problema más importante al que hay que responder, como vengo afirmando desde el principio, es cómo se pueden articular las exigencias básicas de la igualdad, esto es la promoción de la igualdad, la prohibición de discriminación y la tutela de las diferencias. Articular la igualdad significa, como escribe Bobbio (1993 53-4); responder a dos cuestiones distintas: igualdad entre quiénes e igualdad en qué y la respuesta presupone, por otra parte, que nos encontramos ante un concepto relacional, valorativo y normativo (De Lucas, 1996; 495). Conforme a ello, el derecho –continúa De Lucas– lo que hace es una tarea de clasificación y justificación, esto es, de formalización de criterios con arreglo a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación o bien de diferenciación.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que el significado de la expresión “igualdad jurídica” en los modelos de estado constitucional no puede ser entendido sino como un principio complejo al menos en dos sentidos. Por una parte, porque como afirma Laporta (1985, 1994; 70), la igualdad o desigualdad se realiza a través de cada una de las relaciones mediante las cuales el derecho enlaza un supuesto o estado de hecho definidos de acuerdo con ciertas propiedades y una consecuencia normativa que consiste en un tratamiento determinado. En este sentido, la igualdad se puede captar como un mosaico complejísimo de estos tratamientos y la formulación de un solo contenido reasuntivo de todas estas situaciones respondería a una formulación similar a esta: “todos los seres humanos deben tener reconocida su igual dignidad”, pero se trata de un principio regulativo excesivamente indefinido incluso si pretendemos atender a los hilos conductores de la igualdad, deslindando los principios que lo integrarían. En este sentido, y aunque efectivamente nos encontramos en un orden quizá demasiado general e indefinido, me parece que es muy clarificador mantener que el contenido último

de la idea de igualdad jurídica es la igualdad de derechos² e igualdad en los derechos, como una suerte de meta-derecho. Con palabras de Bobbio (1993; 75): “la expresión igualdad en los derechos e igualdad de los derechos significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”. Ferrajoli pone el acento en esta misma idea para incidir en la igualdad jurídica como principio normativo referido a los derechos que son considerados como fundamentales: “del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales hasta el meta-derecho que es el derecho de igualdad, esto es el tratamiento igual ante la ley” (1993; 58) y a la garantía efectiva de tales derechos en condiciones de igualdad³. Esto supone no sólo que el sistema jurídico tiene que contemplar todas las garantías precisas para realizar estos derechos sino también las medidas de diferenciación y equiparación necesarias para la efectividad de todos los derechos fundamentales. Esto tiene otra implicación sobre la que advierte asimismo Ferrajoli y es que permite compatibilizar el reconocimiento de iguales derechos fundamentales y diferentes modos de aseguramiento o de realización en atención a las diferencias. Todo ello abunda en la idea central del estado constitucional de derecho según la cual el principio general de igualdad no exige una paridad de trato absoluta, sino que las distinciones razonables y no arbitrarias que persigan fines constitucionalmente legítimos son perfectamente acordes con la Constitución, entre ellas las más importantes son las que procuran la realización de la igualdad sustancial que, desde luego, no

- 2 Esta idea es el gran hallazgo de los revolucionarios franceses y que no se encuentra en las primeras declaraciones norteamericanas, la igualdad como igualdad *en droits* que, no obstante, inmediatamente después con la primera declaración posterior a la Constitución en 1793 se modifica y refleja como: “todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley”. Este paso expresa la modificación de un punto de vista importante: de la igualdad en los derechos a la igualdad formal y es examinado en detalle por RUBIO, A, “Igualdad y diferencia ¿Dos principios jurídicos?, *Derechos y Libertades*, nº 4, 1995, pp. 262 y ss.
- 3 El artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 4 de noviembre 1950 sintetiza muy bien estos objetivos: “El goce de los derechos y libertades reconocido en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

puede ser dejada a un lado cuando se trata de derechos fundamentales (Rodríguez Piñero, 1996; 9).

Conviene advertir en este punto, aun cuando inmediatamente abordaremos los principios que integran el contenido de la “igualdad jurídica”, que si retomamos en este punto las dos grandes posiciones a propósito del discurso actual sobre la igualdad, esto es, la tesis de la diferencia y la tesis de la igualdad⁴, podemos observar cómo la primera propone como medio de realización de la igualdad el principio de igual consideración y respeto, que en ningún caso consiste en que el grupo desaventajado o marginado, por ejemplo las mujeres, entren a formar parte del grupo dominante; y la tesis de la igualdad centra sus esfuerzos en el principio de igual tratamiento, si bien, cada una de ellas acentúa un tipo de diferencias: la especificidad, en un caso, y el mérito, en otro. La tradición liberal en este segundo caso considera que una diferenciación basada en el mérito no niega la igualdad, sino que están estrechamente relacionados. La igualdad para esta tradición, –subraya Gianformaggio (1993; 233) contiene en sí un principio de corrección y sólo es negada o violada a través de una discriminación directa, mientras que niega relevancia a las situaciones de discriminación indirecta. La conclusión que extrae Gianformaggio es clarísima: “Esto quiere decir que de la figura de la justicia como diosa vendada con la balanza en la mano, la teoría de la igualdad subraya sobre todo *la venda* –y de ahí el hecho que no vea formas o colores, que por ley todos son iguales, por tanto– antes que *la balanza* –y por tanto el hecho de que confronta pesos, evidenciando, entre los pesos, *diferencias*” (p. 234).

Teniendo en cuenta estas dos perspectivas filosófico-políticas a propósito de la igualdad podemos adentrarnos aun cuando sea brevemente en los principios contenidos en la igualdad como “igualdad en derechos”. En este ámbito, cualquier enfoque sobre el principio de igualdad, aunque no siempre se haya abordado desde argumento exclusivamente normativos, nos muestra

4 En este sentido, sin embargo, parece correcta la apreciación de Gianformaggio cuando advierte que los rótulos que caracterizan a cada una de las teorías no son precisos y correctos (1993; 232), estoy de acuerdo que en la medida en que las dos posiciones atribuyen un papel básico tanto a la igualdad como a la diferencia, los enunciados que las caracterizan pueden dar lugar a equívocos. En el caso de la tesis de la diferencia puede hacer pensar que el principio de igualdad consista sin más una adecuación de las mujeres al modelo constituido por el grupo dominante, en el sentido de entrar a formar parte de él y en resolver el principio a través de la exigencia de derechos anti-discriminatorios.

dos dimensiones de la misma que parece explicarse por el momento en que han sido reconocidas por los sistemas jurídicos. Es decir, desde el punto de vista histórico ciertamente primero se reconoció o formó parte del derecho la igualdad formal como igualdad ante la ley y en un segundo momento y ligado al estado social la igualdad sustancial o material. Sin embargo, no es posible desconocer, y esto tiene una proyección importante en las cuestiones que nos ocupan, que esta dualidad se ha convertido en la atribución de una prioridad axiológica de la igualdad formal con respecto a la sustancial (Ballestrero; 1994; 13) y esta tesis tiene una fuerza casi inconmensurable en cuanto se dotan de contenido concreto las medidas de acción positiva.

La igualdad formal⁵ se expresa como la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley y despliega sus efectos en las siguientes direcciones (Peces-Barba 1995; 283-294, Pérez Luño, 1987; 137 ss.):⁶ igualdad como generalización, en tanto que las normas se dirigen al hombre en abstracto; en segundo lugar la igualdad procesal o igualdad de procedimiento para todos y la igualdad de trato como equiparación y como diferenciación.

Del principio de igualdad, por tanto, no se sigue que todos los individuos deban ser tratados de un modo igual ni que toda diferencia de trato sea considerada ilegítima. La igualdad formal, como principio normativo, impone hacer abstracción de las características diferenciales, para considerar relevantes las comunes. Por consiguiente, una primera dimensión desplegaría sus efectos en la igualdad de trato como equiparación que tiene como contenido el principio de no discriminación⁷. Principio que puede ser interpretado en sentido amplio, como prohibición de desigualdades injustificadas o irrazonables y, en consecuencia, para que sean aceptables las diferencias normativas, éstas tienen que tener una justificación objetiva y razonable⁸. Este significado, sin embargo, per-

5 Cuya formulación en la Constitución española de 1978 es la siguiente: artículo 14 "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

6 En este sentido, PECES-BARBA, G, *Curso de Derechos Fundamentales*, pp. 283- 294 y PÉREZ LUÑO, A.E. "Sobre la igualdad en la Constitución española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 137 y ss.

7 Sobre la evolución de la prohibición de discriminación puede verse RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F. *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 79 y ss.

8 Un tratamiento en profundidad de los diversos significados del concepto de discriminación y principio de igualdad en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede verse

mite prohibir sin posibilidad de excepción el uso de rasgos diferenciadores (por ejemplo, sexo, raza, religión, ideología, etc.) sean cuales fueren su sentido y sus objetivos. Ruiz Miguel (1995 y 1996) distingue, como hemos examinado con anterioridad, entre desigualdad y discriminación, y en este sentido establece los siguientes criterios: (a) la igualdad ante la ley prohíbe todo trato desigual, de ahí que las desigualdades injustificadas son ilícitas, (b) la discriminación no es una desigualdad, ni siquiera una desigualdad injusta, sino una desigualdad cualificada por la “naturaleza generalmente odiosa del perjuicio social descalificador”, (c) es posible la existencia de discriminaciones justas, afirma el autor; sin embargo sería más claro que en estos casos no se utilizara el término discriminación sino trato diferenciador, para el supuesto en el que se produce una “desigualdad a partir de un rasgo asociado a prejuicios descalificatorios”, (d) están prohibidas las discriminaciones injustas a partir de los rasgos que enumera el artículo 14 de la Constitución citado y cualquier otra discriminación injusta análoga a las enunciadas expresamente. L. Hierro (1995; 133-4) considera que si bien Ruiz Miguel resuelve muy bien a través de estos criterios analíticos la diferencia entre desigualdad y discriminación, y contrapone esta tesis a la postura del Tribunal Constitucional español y buena parte de la doctrina que, a su juicio, y como consecuencia de una falta de claridad entre los dos supuestos —en general suelen sostener que discriminación es una diferencia de tratamiento ni justificada ni razonable— considera que deja sin contenido a la cláusula de cierre que establece: “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” e impide hablar de discriminación positiva o inversa. Término sin embargo que, aunque por razones distintas a estas y como trataré de mostrar, me parece que habría que dejar de utilizar porque da lugar a mayores confusiones.

En términos generales, y desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional española, se considera que la igualdad ante la ley expresaría de un modo sucinto el contenido de la igualdad jurídica y que ésta no comporta necesariamente una igualdad material, sino que significa que a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que también sean iguales y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor general-

en RUIZ MIGUEL, A, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, nº 19, 1996, pp. 553 y ss.

mente aceptados⁹. En este mismo contexto se afirma que la exigencia de igual tratamiento actúa en el momento de legislar y en el de la aplicación del derecho. De forma que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. En el caso de que se trate de órganos diferentes, la igualdad en la aplicación de la ley queda garantizada por la actuación de órganos jurisdiccionales superiores.

No obstante, están permitidas las diferencias en razón de los criterios que normalmente acompañan a la formulación del principio de igualdad. Este contenido queda explicitado en otra dimensión del principio de igualdad: el trato formal como diferenciación que consiste en dar un tratamiento distinto a situaciones distintas con el de eliminar situaciones de discriminación existentes. La interpretación que del principio de igualdad se realiza en sede de control de constitucionalidad (por ejemplo, en Alemania, Italia o España) da lugar a un contenido del principio de igualdad que no es demasiado rígido. De forma que en virtud de este principio sería ilícito tratar de modo desigual o menos favorable a individuos que se encuentran en situaciones análogas, pero es lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enumera las condiciones que deben darse conjuntamente para calificar una diferencia como objetiva y razonable: a) que la diferenciación responda a una necesidad real, b) que sea necesaria para la realización del objetivo fijado y c) apropiada a dicho objetivo, esto es, proporcionalidad de los medios empleados. El argumento, como afirma Ma. Vittoria Ballestrero (1994; 14) sería que el principio de igualdad supone que a una categoría de personas, definida de acuerdo con características idénticas o razonablemente homogéneas, se les debe atribuir un tratamiento jurídico idéntico u homogéneo, racionalmente adecuado en virtud de las características esenciales en razón de las cuales se define a una determinada categoría de personas. De acuerdo con ello es obvia la continuidad entre la igualdad formal y la material.

El discurso ilustrado clásico se caracteriza, afirma F. Valespín (1995; 16 ss.) por proclamar un concepto de igualdad con dos sentidos fundamentales:

9 Un ejemplo de esta tesis es la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 49/1982, f. 2.

como principio regulativo de la ciudadanía y como igualdad de condición. Dos sentidos distintos dado que responden a lógicas y criterios de delimitación diferentes: uno se refiere más al espacio político y el segundo incide más sobre el económico y social y de alguna manera, aquí podrían encontrarse las raíces de la distinción entre igualdad formal y material, aunque la analogía no sería tan simple como puede dar a entender esta división. La igualdad material hace referencia, como sabemos, a la equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales que permitan la plena participación de un sujeto en la vida social. Como trato equiparador consiste en articular como objetivo del derecho el principio de satisfacción de necesidades básicas y desde el punto de vista de trato material como diferenciación implica el recurso a técnicas y medios que pretenden establecer tratamientos diferentes cuando se producen situaciones de desigualdad, desventaja, o extrema gravedad. Es decir, las políticas de igualdad que se encontrarían en el cruce entre la igualdad formal como diferenciación y la igualdad material pueden ser de muchos tipos, y entre éstos se encuentra la discriminación inversa que es una forma especialmente severa de trato diferenciador y por ello también especialmente controvertida. La igualdad material no concita el beneplácito de todos los autores, puesto que quienes comparten una teoría liberal de la igualdad afirmarían que la justicia es igual y por lo tanto imparcial. El concepto de imparcialidad no es desde luego unívoco, sobre ello tendremos ocasión de volver en el siguiente capítulo, pero además es el concepto que abandera la teoría liberal de la igualdad que hemos denominado “tesis de la igualdad” y es el blanco de todas las críticas por parte de la “tesis de la diferencia”. En este sentido, me parece que Gianformaggio (1993; 234-235) acierta al destacar que es distinto exigir la imparcialidad desde la perspectiva de *jure condendo*, fundamentalmente por parte del legislador, y en este contexto habría que reconocer que la imparcialidad es un mito y, en segundo término, desde la perspectiva de *jure condito*, de la aplicación del derecho, donde significa correcta aplicación de la norma y, por tanto, garantía de certeza. También a juicio de la autora italiana, es posible relacionar esta distinción relativa a los planos en que tiene cabida la exigencia de imparcialidad con la distinción entre igualdad formal y material. Este par puede tener dos significados. De acuerdo con el primero, igualdad formal y material distinguen la igualdad como relación comparativa entre dos entidades medidas a partir de una misma norma o parámetro, de un lado y la igualdad como determina-

ción de las características de hecho relevantes a los fines de una determinada regulación (igualdad material como producción de la norma correcta). En virtud del segundo, es posible distinguir entre una situación en la que el principio de igualdad refleja una igualdad en la que el parámetro es uno de los polos de la relación (igualdad formal como igualdad de sexos, raza o religión), y una situación en la que el principio de igualdad se propone para realizar una igualdad fáctica (compartir una misma característica, situación o condición) a partir de un parámetro considerado relevante (necesidades básicas, oportunidades, resultados, etc.). Volviendo a la relación antes mencionada, es posible afirmar que el presupuesto de imparcialidad en la aplicación de las leyes una de las expresiones de la igualdad formal, como aplicación de la ley de acuerdo con el principio de igualdad y con el principio de universalidad como exigencia de racionalidad. La imparcialidad como presupuesto de la formulación y creación del derecho tiene el mismo significado que la igualdad material, en el sentido de producción de la regla correcta de acuerdo con un criterio relevante.

Angeles J. Perona (1995, pp. 37 y ss) procede a una delimitación de la igualdad examinando las condiciones en que es posible. La primera condición a la que hace referencia es que “sólo habrá igualdad en el reino de la libertad si previamente la hay en la de necesidad y no conviene olvidar que el incómodo reino de la necesidad es absolutamente imprescindible para la supervivencia de la especie humana (tomada tanto individualmente como en conjunto) y para la existencia misma de la libertad” (p. 38). La segunda condición es evitar convertir las diferencias en fuente y justificación de desigualdades, en condiciones que reducen la capacidad de acción y participación de algunos sujetos. La propuesta de esta autora es que frente a la idea que transmite la expresión “igualdad a” como asimilación, se puede oponer otra idea que quedaría expresada como “igualdad entre” que permitiría las diferencias pero no las desigualdades. Ahora bien, sabemos que la relación entre igualdad formal y material no sólo no es pacífica, y no resulta fácil de delimitar, sino que plantea uno de los principales escollos teóricos a la hora de abordar la cuestión de las acciones positivas. El núcleo del problema, sobre el que tendremos ocasión de volver, es la tesis según la cual las medidas diferenciadoras son legítimas sólo cuando no violan el principio de igualdad en sentido formal. Esta idea, como sostiene Ma. Vittoria Ballestrero (1994; 15 ss.), es un tanto difusa pero tiene plena aceptación hoy entre quienes critican que la justificación de las acciones positivas se encuentra en la igualdad material y para

ello, como he señalado anteriormente, tienen que otorgar una prioridad valorativa a la igualdad formal sobre la material que pone de relieve, en primer término, la falta de claridad en las relaciones entre las dos dimensiones.

El principio de igualdad material¹⁰ contiene dos dimensiones, por un lado hace referencia y es el criterio interpretativo básico para “medir” el grado de efectividad de la igualdad formal, pero por otro lado contiene un principio autónomo de igualdad material dirigido a todos los ciudadanos en la vida social, económica y política. Su especificidad radica en que si bien la igualdad formal prohíbe hacer diferenciaciones de acuerdo con una serie de criterios, es decir, hay que hacer abstracción de esos elementos de diferenciación, la igualdad material tiene un contenido positivo, es decir, consiste en dar prioridad o atribuir relevancia a los factores de diferenciación. La importancia de este enfoque radica en que el objetivo último de este principio es conseguir la igualdad, “pero no igualdad entre personas asumida como algo neutro, sino igualdad entre personas, teniendo en cuenta las diferencias de género, de raza, de lengua, etc., que existen entre ellas. La idea sería tratar igualmente a las personas pero no como si fueran iguales y por ello hay que tomar en cuenta las diferencias en tanto que éstas comportan consecuencias negativas derivadas de la aplicación de criterios iguales. El principio de “igualación” puede ser configurado como parte integrante del principio de igualdad formal, al menos en tanto que la igualación constituye una “desviación” justificada de la igualdad formal” (Ballestrero, 1994, 16). El objetivo, señala Young (1998; 425) no es, desde luego, compensar una desviación hasta que se alcance la normalidad, sino elaborar normas e instituciones capaces de dar cuenta de las circunstancias plurales y las necesidades que existen, o que deben existir dentro de ellas. Por ello al centrar un tratamiento en el contexto del principio de igualdad material no se pretende eliminar diferencias, cosa que tampoco debería ser objeto del principio de igualdad formal en la medida en que se limita a hacer abstracción de las diferencias, sino de corregir, eliminar o evitar los efectos desfavorables o perjudiciales que comportan esas diferencias.

10 Expresado en la Constitución española de 1978 en el artículo 9.2 “Corresponde a 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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En términos similares se expresa el artículo 3.2 de la Constitución italiana.

Todo ello nos permite apuntar la tesis que afirma que la igualdad material es la igualdad equitativa entre los grupos, frente a la igualdad formal que sólo afirma la igualdad entre individuos. La conceptualización de la igualdad formal en términos de individuo abstracto tiene consecuencias decisivas tanto en el concepto de discriminación como en el de acciones positivas. No sólo parte de la doctrina sino también la jurisprudencia europea trata de establecer esta conexión entre acciones positivas e igualdad formal de manera que se afirma, de una forma más o menos explícita, que las medidas de acción positiva no están orientadas a afectar a la estructura que genera las desigualdades. Precisamente, como se ha puesto de relieve reiteradas veces, la tesis que permite mantener el concepto de acciones positivas en el marco de medidas que se superponen a las estructuras que segregan y discriminan pero que no consiguen atacar a las raíces y causas de las desigualdades, es el presupuesto que se encuentra detrás de la visión que considera que igualdad formal y material son dimensiones opuestas.

Una de las razones que permite afirmar que las acciones positivas forman parte del ámbito de igualdad material, o del cruce donde se encuentran las dos dimensiones de la igualdad, tiene que ver con un rasgo característico de aquella que, a diferencia de la igualdad formal, es una igualdad entre grupos diferentes, como ya he afirmado. Un principio normativo que necesariamente afecta a los individuos pero cuyo objetivo básico es solventar desde el punto de vista jurídico una relación de hecho de desventaja, de desproporción grave entre grupos diferentes (Casqueira, 1996, 58). La igualdad material representa la posibilidad de hacer de la igualdad formal un instrumento de transformación de las desigualdades. Precisamente la falta de claridad entre estas dos dimensiones es uno de los factores que más afectan a la articulación entre acciones positivas como instrumento de configuración de políticas de igualdad y concepciones de igualdad.

IV. Acciones positivas y diferenciación para la igualdad

Para comprender el alcance y las posibilidades de las denominadas acciones positivas hemos de situarnos en la intersección entre la igualdad formal y la material. Dicho de otra forma, en el paso de la equiparación a la diferencia-

ción que tendría que producirse respecto a las situaciones que hemos calificado como discriminación directa e indirecta, es decir, todas aquellas en las que hacer abstracción de las diferencias, omitir disparidades o aplicar un modelo o patrón neutro, y cuya razón justificadora reside en tratar a todos por igual, comporta la producción sistemática de efectos negativos, consecuencias desiguales o perjudiciales o negación de iguales oportunidades (marginación, exclusión, invisibilidad) para unos sujetos frente a otros. En estos casos es fundamental, como afirma Ballestrero (1994, 13), en primer término, poder deslindar los objetivos o fines mediatos e inmediatos y en segundo lugar los medios o acciones a través de los cuales se trata de lograr unos fines y otros. Por ejemplo, un objetivo último o inmediato puede ser el logro de la igualdad real entre varones y mujeres en el trabajo. El objetivo inmediato sería conseguir el acceso de la mujer a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad, para ello se toma como objetivo eliminar los obstáculos que impiden que las mujeres accedan a puestos de trabajo iguales en condiciones análogas. En estos casos las medidas no pueden ser únicamente equiparadoras porque, en muchos casos, dan lugar a discriminaciones indirectas, antes bien, las acciones positivas pueden ser, en estos casos, un posible instrumento para la realización de la igualdad de oportunidades.

Existen, como es sabido, diversas formas de articular políticas de diferenciación para la igualdad. Entre ellas se encontrarían las “acciones positivas” y la “discriminación inversa”, cuya fundamentación radicaría en otorgar un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas y que obstaculizan o imposibilitan la igualdad de oportunidades. La clave de esta construcción, como ya hemos visto con anterioridad, se encuentra en el criterio de “relevancia” de los elementos diferenciadores y en su justificación razonable. Pero en todo caso, la respuesta a la legitimidad de las medidas de acción positiva debe situarse en el contexto del significado constitucional de principio de igualdad y la relación entre la igualdad de trato e igualdad material. Todo ello nos pone en condiciones de afirmar que las medidas de acción positiva no son una excepción al principio de igualdad, tal como son conceptualizadas en las últimas sentencias en el contexto del derecho de la Unión Europea, sino una exigencia de su realización.

El problema de las acciones positivas afecta tanto a su aspecto o dimensión conceptual y terminológica cuanto a la indeterminación que afecta a su

morfología jurídica y a su justificación. Esta ausencia de precisión en su configuración se une a la vaguedad que afecta a los conceptos que forman su entorno, me refiero a los de discriminación e igualdad que a su vez se relacionan y diferencian de otros. En principio, habría un acuerdo general en considerar que las acciones positivas tiene como objetivo combatir las desigualdades. Pero esta unanimidad, como afirma Casqueira (1996; 43) no se extiende a otras características que también se atribuyen a la definición. Así, no siempre se acepta que dichas acciones se implantan en contextos culturales donde las diferencias entre grupos sociales son asumidas también de un modo especial por el derecho, es decir, donde el derecho ha contribuido a ser un vehículo más de estigmatización. Desde el punto de vista jurídico no existe un concepto preciso de acción positiva y cuando se hacen referencias a esta figura se produce una combinación de tesis propias del derecho antidiscriminatorio norteamericano a través de la figura de la *affirmative action*, una determinación por la vía negativa frente a otros conceptos y finalmente, unos rasgos que se extraen de las decisiones concretas en las materias donde se aplican estas acciones, fundamentalmente en materia laboral respecto al género y en el derecho norteamericano respecto a las diferencias raciales.

El concepto nació cuando empiezan a perfilarse las diferencias entre discriminación directa e indirecta, es decir, en los límites de lo que se considera discriminación. Podemos partir de la noción de acciones positivas en términos de medidas orientadas a remover o eliminar los obstáculos que impiden la realización concreta de la igualdad de oportunidades. Se trata de medidas que pretenden transformar una situación de desigualdad de condiciones en una situación de igualdad real de condiciones y precisamente por ello se justifican las medidas de diferenciación. En mi opinión constituyen una estrategia destinada a conseguir la igualdad de resultados mediante medidas que permitan eliminar las discriminaciones que por razón de género sufren las mujeres. En el contexto de los países miembros de la Unión Europea se ha tratado de encontrar los elementos de la definición en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 de la Unión Europea que dispone: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

El tenor de esta disposición y la interpretación de algunos autores ha conducido a una cierta identificación entre acciones positivas y compensación de desventajas o desigualdades y esta es una idea que creo conviene matizar en varios sentidos. La tesis que propone que las medidas diferenciadas son correctoras o compensatorias es una de las vías posibles de justificación de estas políticas y probablemente, como afirma A. Ruiz Miguel (1994; 82 ss.), la más problemática puesto que la apelación a criterios de compensación o resarcimiento tiene que hacer frente inmediatamente a la idea de responsabilidad objetiva o sin culpa y a la determinación de los sujetos responsables de la situación de desigualdad. De otro lado, como ha puesto de relieve Ma A. Barrère (1997; 83-4) la idea de compensación como la de equilibrio social en tanto que criterio de legitimación y elemento definitorio de las acciones positivas parecen presuponer que se trata de situaciones de desigualdad o desventaja que rompen o “desequilibran” una situación previa de igualdad, de ahí que se trate de resarcir o restaurar la situación inicial de equilibrio. Este presupuesto, es un *parti pri* ampliamente criticado (Y. Ferrari, 1989) y hoy, en parte, superado en las ciencias sociales como explicación del funcionamiento de las sociedades que convendría también abandonar en este contexto. Además esta idea parece deslizar que se trata de una desigualdad o discriminación pasada que se compensa en el presente y, en consecuencia, desaparece. Las acciones positivas en tanto que medidas orientadas a favorecer la realización efectiva de la igualdad de oportunidades y a conseguir la igualdad de resultados, se sitúan en el contexto de la justicia distributiva y no encontrarían una justificación adecuada en el ámbito de la justicia compensatoria.

Desde el punto de vista de las acciones positivas pierde su sentido una distinción absoluta entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados como tendremos ocasión de examinar más tarde. Cualquier medida de acción positiva supone una diferencia de trato en algún momento: obtener una plaza en un organismo en virtud de un criterio preferencial, una subvención, una beca, un crédito con especiales condiciones o una preferencia en la contratación o en un ascenso son acciones positivas estructuralmente iguales. Sin embargo, antes de examinar los rasgos que caracterizan a las acciones positivas conviene prestar atención a una idea previa. Como veremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo a propósito de la ciudadanía diferenciada,

es importante distinguir las situaciones de desventaja, perjuicio o injusticia que afectan a quienes forman parte de un colectivo. Esto es, habría que aclarar, como hace Nancy Fraser (1998; 430-432) aquellas situaciones que dan lugar a demandas de reconocimiento de diferencias (etnia, nación, religión, lengua, cultura) y aquellas situaciones de explotación, marginación y privación que por causas básicamente socioeconómicas generan pretensiones no de reconocimiento de las diferencias, sino de redistribución de bienes básicos; teniendo en cuenta, y aquí encontraríamos una de las dificultades de esta cuestión, que precisamente el género y también la raza, constituyen los dos casos paradigmáticos en los que se cruzan los dos tipos de causas de desigualdad. Mientras que, por ejemplo, las demandas de las minorías nacionales, étnicas o lingüísticas o las demandas de identidad sexual se encontrarían sólo en el primer grupo y las demandas de clase en el segundo. Me parece importante tener en cuenta que el género da lugar a diferencias de orden político-económico y como tal tiene consecuencias en un tipo de división del trabajo que adopta formas específicas de explotación, marginación y privación en razón del género. Por otra parte, en relación con las diferencias culturales y valorativas, el género está en la base de las relaciones de reconocimiento de forma que pone de manifiesto el androcentrismo y el sexismo cultural. En este caso, como insiste Fraser (1998; 458- 9, nota 39) las desigualdades de orden socioeconómico y las desigualdades de orden cultural no son independientes, sino que se refuerzan constantemente unas a otras, de forma que es posible constatar tanto la existencia de normas económicas y jurídicas derivadas de un modelo cultural sexista y androcéntrico, cuanto las desventajas sociales que impiden la igual participación en la configuración de la cultura, en la vida pública y en la vida cotidiana. Esto significa que las medidas para hacer frente a estas desigualdades tienen que dirigirse tanto hacia las causas económicas y políticas como a las de tipo cultural. Las medidas tienen que combinar tanto el reconocimiento de la diferencia cuanto la redistribución de oportunidades y resultados. Las acciones positivas pueden ser formas de articular tanto las medidas de reconocimiento cuanto las medidas orientadas a superar las injusticias por razón de género, por ejemplo para asegurar el acceso a trabajo y/o a una plaza escolar, pero tales medidas tienen que ser capaces de remover los obstáculos que impiden las oportunidades y, en consecuencia el logro de objetivos. Por ejemplo, no se trata sólo de conseguir

un empleo que perpetúa la explotación y marginación, sino un empleo con condiciones; y no sólo el acceso a la enseñanza, sino a toda la enseñanza hasta la superior y también con condiciones. En el ámbito valorativo y cultural puede ocurrir lo mismo, las medidas encaminadas a asegurar a las mujeres el respeto a su identidad y valores o lo que se denomina su especificidad cultural no puede dejar intacto el código binario en razón de género que permea las relaciones sociales significativas.

Y ello pasa por canalizar las acciones positivas desde la igualdad formal hasta la igualdad material, de forma que tengan capacidad real de afectar a las oportunidades sociales y a los resultados sociales (riqueza, bienes básicos, derechos efectivos, participación democrática) .

Volvamos ahora sobre los elementos de las acciones positivas¹¹:

El primer factor es la existencia de obstáculos que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades. El Tribunal Constitucional español considera que debe darse una situación de desigualdad, desventaja, inferioridad o discriminación por motivos culturales, sociales o económicos que hace que un grupo social o determinados sujetos se encuentren con oportunidades limitadas o inferiores respecto de otros¹². En segundo lugar, son medidas que se establecen para quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a un grupo social en comparación con otro u otros y las medidas tratan de lograr el reparto igual de las oportunidades entre los diversos grupos. Tercero, el contenido y el tipo de medidas son contextuales y, por consiguiente, dependen de las circunstancias y del caso. En cuarto lugar, las medidas tienen carácter temporal, porque se trata de remover obstáculos y corregir situaciones de desventaja y no consolidar situaciones, por tanto sólo tienen sentido mientras se mantienen esas situaciones, por otra parte, se establecen para determinados plazos de tiempo con objeto de que sean revisadas periódicamente. Por esto, todos los programas europeos o estatales orientados a realizar la igualdad de oportunidades de las mujeres suelen tener una duración de cuatro años, para proceder a su evaluación y corrección. El argumento al que recurren a menudo las teorías más críticas con las acciones positivas es que son las propias medidas las que producen

11 Al respecto puede verse: A. RUIZ MIGUEL, (1996; pp 39-86) F. REY MARTINEZ (1995; 19-36), E. FERNÁNDEZ (1994, 155-157).

12 STC, 128/1987, de 16 de julio, STC 3/93 y STC 16/95.

que ciertos individuos permanezcan en situaciones de desventaja y/o exclusión. Con relación a ello y con independencia de que volvamos a este argumento en el próximo capítulo; en este momento es importante recordar que tanto el carácter temporal de los programas y las medidas concretas, cuanto el objetivo de que tales medidas afecten realmente a las raíces de las situaciones y no se queden en la superficie, precisamente tratan de evitar algunos de esos riesgos. Finalmente, las medidas de acción positiva deben ser adecuadas a la finalidad que se pretende; coherentes y proporcionadas con el principio de igualdad material.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español realiza una distinción muy interesante entre medidas que considera “falsamente protectoras” y realmente compensadoras¹³. Por un lado, considera que existen un conjunto de medidas que encuentran su justificación en los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral y, por consiguiente, antes de decidir si está justificada una medida de acción positiva hay que descartar que no se trata de una medida paternalista o “falsamente protectora”, en la medida que encubren una situación de desigualdad. Entre los criterios que el Tribunal Constitucional español toma en consideración para calificar una medida como positiva, los más relevantes serían: por un lado, que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, que “no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo” y, por otro lado, que no perpetúe valores o patrones culturales superados, es decir, que aun tenga sentido en el contexto actual¹⁴. En España la primera sentencia que claramente acepta las acciones positivas como instrumento de igualdad de oportunidades es la STC 128/87 de 16 de julio. En ella se reconoce expresamente que el grupo social que se encuentra en desventaja por razón de sexo son las mujeres¹⁵. Desde esta perspectiva se acepta la tesis según la cual las situaciones en

13 Al respecto, REY MARTÍNEZ, F. (1995; 18 y ss) realiza un examen en profundidad de las decisiones adoptadas por el Tribunal que justifican la equiparación y aquellas que justifican la compensación y dentro de éstas las medidas paternalistas y/o proteccionistas y las acciones positivas.

14 Al respecto puede verse la STC 317/94 de 28 de noviembre.

15 En este sentido resulta enormemente sugestiva la llamada de atención que hace M^a BARRÈRE (1997; 28) cuando sostiene que las discriminaciones afectan a grupos concretos de personas y esto es algo que en parte encubren las declaraciones antidiscriminatorias. Es decir, cuando en términos

que se encuentran las mujeres que imposibilitan su acceso al trabajo o su permanencia en él deban ser tratadas con medidas específicas y que, por tanto, ello no puede considerarse opuesto al principio de igualdad. Es decir, si se da una práctica discriminatoria debe producirse una diferencia de trato, como su consecuencia jurídica. Por otra parte, el criterio de razonabilidad o la justificación de la diferencia de trato no se encuentra en las características de las mujeres ni en sus “dobles” obligaciones sino en la situación de especial desventaja social en que se encuentra la mujer, en este caso que tiene hijos a su cargo, para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene. De ahí que el Tribunal Constitucional español afirme: “Este tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, que se manifiesta en el dato de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales”.

Con todo, el reconocimiento desde 1987 de las acciones afirmativas en España no está exento de problemas, ni la jurisprudencia posterior ha sido lineal. Aunque se han aceptado las medidas para aquellas personas “que se encuentren en situaciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”. Por ello “no se considera discriminatorio que a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”. Si tenemos en cuenta algunos argumentos utilizados por la jurisprudencia constitucional española, las medidas aceptadas hasta el momento son aquellas dirigidas a paliar la discriminación laboral por razón de sexo, establecer reserva de plazas en la ad-

jurídicos se afirma que no se puede discriminar por razón de sexo, raza, religión, opinión, etc., en abstracto, se oculta que las discriminaciones no afectan a los sexos, sino a las mujeres, a todas las razas, sino a algunas como la negra, a todas las religiones, a todas las etnias, sino a la gitana, etc. Este enfoque ha ido modificándose en cierto sentido y haciéndose más sensible a los grupos realmente desaventajados y/o discriminados y, en ese sentido la jurisprudencia constitucional española ha pasado del planteamiento originario *sex-blind* al reconocimiento, en este caso, de que las mujeres son el grupo social que históricamente ha sido víctima de la subordinación hacia los hombres. F. REY MARTÍNEZ (1995; 24).

ministración o en empresas privadas para trabajadores con minusvalías o la remoción de obstáculos para el fomento de las lenguas autóctonas¹⁶.

V. Modalidades de acción positiva

Una vez hemos examinado los rasgos que pueden caracterizar las medidas de acción afirmativa, hemos de proceder a la distinción de diversos tipos de acciones positivas.

A. Medidas de concienciación

En primer término aquellas medidas encaminadas a la toma de conciencia o sensibilización de la opinión pública. Como por ejemplo cuando se establece medidas de concienciación de una sociedad a través de campañas institucionales, con el fin de dar a conocer conductas sociales discriminatorias o sensibilizar la opinión pública sobre las situaciones de violencia que sufren las mujeres por su pertenencia al sexo femenino. Medidas orientadas a evitar la transmisión de estereotipos sexistas en los mensajes publicitarios y en los contenidos de los medios de comunicación.

B. Medidas de promoción de la igualdad

En segundo término, medidas orientadas a la eliminación de la desventaja que promueven o impulsan la igualdad. Estas medidas pueden ser por ejemplo, las orientadas a erradicar los contenidos sexistas en la enseñanza, favorecer que la mujer pueda estudiar todos los niveles educativos, promover en los centros educativos una orientación profesional que permita la libre elección de estudios y opciones profesionales, o establecer una normativa específica en las condiciones de trabajo especiales de maternidad y lactancia. Por ejemplo, en España se ha aprobado recientemente un decreto que establece que cuando una mujer esté de baja por maternidad su baja podrá cubrirse con una contratación parcial y el empresario estará exento del pago de

16 STC 3/93, de 14 de enero, f. 3^a. STC 109/93, de 25 de marzo, f. 5^a. STC 16/95, de 24 de enero, f. 3^a. STC 269/94 de 3 de octubre, f. 4^o.

la cotización a la seguridad social. Otras medidas promueven el reparto equitativo de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres como condición para el desarrollo eficaz de una política de igualdad de oportunidades en el empleo, potencian la actuación de la inspección de trabajo con objeto de controlar la correcta aplicación de los mecanismos antidiscriminatorios sobre todo en relación con el sistema de ascensos, despidos, acoso sexual, etc., proporcionan servicios de asistencia y atención a los hijos de mujeres trabajadoras que permita compatibilizar su actividad laboral o profesional con sus responsabilidades familiares, subvencionando guarderías y escuelas infantiles o, finalmente, priorizan el acceso de las madres solas a las prestaciones sociales existentes y a los recursos formativos que impulsen su inserción socio-profesional e independencia económica.

C. Cuotas o medidas de “discriminación inversa”

En tercer lugar medidas de discriminación inversa o positiva. El concepto de esta figura es, si cabe, más difuso que el de las acciones positivas y tiene, como vimos al analizar la noción de discriminación, una carga negativa que parece incorporada al concepto incluso en su uso neutro y que no sólo ha generado importantes críticas a la idea de una discriminación positiva, sino que la crítica ha arrastrado también negativamente el concepto de acciones positivas o afirmativas. Muchos autores llaman la atención sobre la imposibilidad de utilizar el término discriminación como un término neutro que vendría a significar una diferencia o distinción pero positiva. Coincido con M^a A. Barrère (1997; 86) cuando afirma que en este contexto el concepto de discriminación es negativo y por tanto la idea de discriminación positiva es una contradicción en los términos.

Por su parte, A. Ruiz Miguel (1996; 80 y 125), sostiene que la “pretensión de las políticas de discriminación inversa es intentar paliar situaciones de desigualdad especialmente recalcitrantes. La gravedad de tales situaciones explica la gravedad de la discriminación inversa (...) todo ello explica también el que se trate de una figura jurídica y moralmente muy discutida”. De ahí que afirme que mientras la acción afirmativa o positiva favorece para la igualdad, la discriminación inversa privilegia para la igualdad. Los requisitos para diferencia a ésta última del resto de las medidas de acción positiva serían

la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de escasez de recursos. Esta idea de que se trata de un privilegio unida a la nota que caracteriza la discriminación “inversa” ha comportado aun mayores problemas para esta figura. Es decir, la idea que se pone de relieve, por algunos autores, es que no sólo se privilegia a unos sujetos, sino que se discrimina a otros, a los que no se beneficia igual. Tras estos argumentos se deslizan algunos equívocos, como ya he indicado al abordar la noción de discriminación. Efectivamente se trata de un concepto negativo; no obstante, el objetivo básico de estas medidas es superar las desigualdades de grupo, es decir, aquellas que experimentan o padecen sujetos determinados por su pertenencia a un grupo al que se minusvalora. La carga peyorativa de esta figura se encontraría básicamente en el argumento que afirma que tiene como “forzosa contrapartida un perjuicio claro y visible en quien no pertenece al grupo”. En mi opinión este argumento debe ser muy calibrado. Con las medidas de discriminación inversa no puede afirmarse que se “discrimina” a un grupo social. Considerar discriminación al impacto negativo que puedan comportar estas medidas sobre sujetos individualmente considerados es casi trivializar la idea de discriminación¹⁷. Si acudimos a los criterios a partir de los cuales hemos afirmado que podemos hablar de discriminación como un proceso, no me parece que se pueda afirmar que el impacto que tienen las medidas de “discriminación positiva” en relación con las mujeres sobre los hombres esté motivado por la minusvaloración del grupo social, que a través de esas medidas se sitúe a los hombres en condiciones de desventaja social y que todo ello esté orientado precisamente a mantener la situación de desigualdad. Antes bien, me parece más adecuado decir que los efectos que tienen estas medidas en relación con los grupos a quienes no se aplican son efectos de la redistribución de oportunidades.

Bobbio (1993; 79) caracteriza la discriminación inversa como el supuesto en el que dos sujetos o situaciones desiguales reciben un tratamiento distinto en el que se beneficia al peor situado. Esta idea puede orientarnos en nuestro análisis, puesto que define bien el concepto, pero me parece preferible aban-

17 Por ejemplo, A E. PÉREZ LUÑO, considera a las medidas de discriminación inversa como “privilegios” o leyes privadas y me parece que reproduce bien la tesis a la que acabo de referirme cuando escribe: “la discriminación inversa y positiva para determinadas minorías no puede traducirse en discriminación directa y negativa para las mayorías” *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, pp. 230-231.

donar la expresión “discriminación inversa” y en su lugar hablar directamente de cuotas y, por otra parte, referirme a las acciones de trato preferencial como otro tipo distinto a éste de acciones positivas a favor de la igualdad.

Por consiguiente, mi propuesta es referirme a este tipo de acciones positivas como normas de cuotas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos, tal como hace, por ejemplo, Barrère (1997; 89). Las reservas pueden estar sujetas a condiciones como puedan ser los plazos o las cualificaciones pero también pueden ser incondicionadas. Esta idea es la que relaciona la política de cuotas con la de igualdad en los resultados. Las medidas orientadas a una reserva de cuotas en el acceso laboral, o en la representación política están sometidas a fuertes críticas. Los argumentos críticos que se vierten en este sentido son, de un lado, el perjuicio que se causa en los derechos de quienes no forman parte del grupo, aunque desde luego no está claro tal perjuicio (por ejemplo en el caso de las listas electorales), por otro lado, una falta de consideración de los méritos o la cualificación, que tampoco está clara en absoluto en el caso, por ejemplo de acceso de minusválidos a puestos de trabajo. Finalmente el argumento es que realiza directamente una igualdad de resultados y no de oportunidades, argumento éste sobre el que volveremos. En relación con la cuestión relativa a los méritos y cualificaciones como único título de acceso, que sería la propuesta de los críticos con medidas de este tipo, suscribo la opinión de Giner cuando escribe (1994; 163 y ss.) que, a su juicio, la utopía meritocrática es imposible y se debe fundamentalmente a la presencia continuada de los modos tradicionales de cierre y reproducción clasista de las sociedades contemporáneas avanzadas y ello impide la movilidad ascendente en las sociedades. Pero la imposibilidad de un sistema meritocrático también se encuentra en la cuestión no resuelta de saber qué constituye un mérito. Para ello necesitamos un sistema de valores relativamente homogéneos para la identificación pública de la excelencia humana y de las necesidades sociales primarias. Hoy contamos con criterios plurales de mérito, en función de las áreas en las que se reconozca. Pero en virtud de la expansión de las jerarquías de mérito en los campos más diversos de actividad lo que se ha hecho es primar a individuos a través de la especialización y diversificación de los canales de acceso y cambio de *status*. Pero cada esfera tiene sus propios criterios de mérito, de ahí que la autoridad basada en el mérito haya sufrido una seria fragmentación en el caso de actividades especializadas.

Entre las cuotas suele distinguirse entre cuotas flexibles o por decisión y cuotas rígidas o cuotas por resultados (Rodríguez Piñero, 1991; 2 ss.). Estas últimas coinciden con lo que se entiende por cuotas, mientras que las primeras son un tipo de trato preferencial. Sobre esta distinción, confusa, elusiva y difusa descansan buena parte de los argumentos sobre la última jurisprudencia europea en la materia, cuando establece las cuotas permitidas (las flexibles siempre que no establezcan una preferencia de forma automática) y las prohibidas (las cuotas rígidas o de resultado). A título de ejemplo, serían medidas de este tipo el establecimiento de un baremo distinto para hombres y mujeres en beneficio de éstas (salvo que se demostrara que con un baremo único y “neutro” se favorece a un grupo y se perjudica a otro), o las cuotas o reservas de plazas para colectivos desfavorecidos en puestos de trabajo, enseñanza, listas electorales. Sobre todo ello tendremos ocasión de volver, conviene ahora que veamos mínimamente que significa trato preferencial.

D. Medidas de trato preferencial

Son medidas orientadas a realizar la igualdad de oportunidades con efectos en los resultados, esto es en los objetivos últimos que se trata de alcanzar, y para ello establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a determinados grupos. Estos criterios pueden estar sujetos a condiciones o no (Barrère, 1997; 89). El trato preferencial puede tener las siguientes características: un punto de partida semejante o igual, una situación paritaria, por ejemplo, igualdad de méritos o cualificaciones; en segundo lugar, una situación social o contextual de desventaja (como grupo o colectivo); finalmente, el establecimiento de una prioridad o un trato desigual o preferencial. Es decir que con las mismas condiciones de partida, se da prioridad a los miembros del grupo desaventajado. Las cuotas, están dirigidas a favorecer a quien se encuentra en peor situación de partida. Sabemos ya que el objetivo último es lograr la igualdad de oportunidades como igualdad en los puntos de partida e igualdad en los resultados. En este sentido, igualdad de oportunidades como objetivo no puede significar sino estar en condiciones parejas entre quienes pertenecen a un grupo desaventajado y quienes se encuentran en el grupo aventajado, es decir, poner en condiciones de paridad a todos para obtener resultados iguales. Ciertamente, cuando se establece una medida que

consiste en igualar en el resultado, por ejemplo, que en el acceso al empleo se considere que un grupo está infrarrepresentado cuando no alcanza el 50% del total, no hay duda que se realiza efectivamente la igualdad de resultados y además con ello aumentan la igualdad de oportunidades de ese grupo.

Dicho de otro modo, donde existen diferencias de grupo que tienen efectos en las capacidades, valores y comportamiento o formas de vida, el tratamiento igual en la distribución de acuerdo con reglas exclusivamente de mérito, refuerzan y perpetúan las desventajas. Young (1998; 422) afirma a este respecto que tratamiento igual requiere que todos sean medidos de acuerdo con las mismas normas, aunque de hecho no existen normas neutrales de comportamiento. En el caso de las mujeres, por ejemplo, el principio de igualdad de trato es inadecuado porque o bien implica que las mujeres no tienen un derecho a la seguridad en el empleo cuando tienen hijos o bien asimilan sus garantías a las que se proponen para una categoría de género neutro, bajo el rótulo “incapacidad” y esta asimilación es inaceptable porque el embarazo y el nacimiento son condiciones normales de mujeres normales pero con características específicas.

2

Derecho penal

El discurso feminista y el poder punitivo*

Eugenio Raúl Zaffaroni

Sumario

I. La unidad ideológica de la jerarquización biológica de la humanidad. II. La señalización del discurso feminista entre los discursos antidiscriminatorios. III. Razón y sinrazón de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios. IV. El poder punitivo y su burla de los discursos antidiscriminatorios.

El principal objetivo de este trabajo es reflexionar acerca de las relaciones que existen entre el poder punitivo, el discurso feminista y el uso que este último hace de aquél.

Sabemos que, a través del patriarcado, el poder operó la primera gran privatización del control social punitivo. El patriarcado, junto con la confiscación de las víctimas y el establecimiento de la verdad por interrogación violenta son formas de las tres vigas maestras sobre las que se asienta un mismo poder estructuralmente discriminante.

Este poder tiende la trampa de un contacto envolvente del feminismo con el poder punitivo para neutralizar su carácter profundamente transformador. El discurso feminista, discurso antidiscriminatorio por excelencia, corre el riesgo, entonces, de verse entrampado en un contacto no suficientemente sagaz o hábil con el discurso legitimante del poder punitivo.

* Eugenio Raúl Zaffaroni, "El discurso feminista y el poder punitivo", en *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 19-30.

1. La unidad ideológica de la jerarquización biológica de la humanidad

La discriminación, en su forma de jerarquización basada en diferencias biológicas de los seres humanos, tiene múltiples capítulos que son otras tantas facetas de una misma *viscosidad*: racismo, discriminación de género, de personas con necesidades especiales, de enfermos, de minorías sexuales, de niños, adolescentes y personas mayores, etcétera.

Todos esos modos de discriminación tienen formas inorgánicas, orgánicas y oficiales¹. Las formas *inorgánicas* son las que se manifiestan sin discursos ni instituciones que las sustenten de modo pretendidamente coherente. Las formas *orgánicas* aparecen cuando partidos o instituciones asumen los discursos que las sustentan. Por último, las formas *oficiales* son las asumidas como políticas por los Estados.

En el nivel inorgánico, las discriminaciones por jerarquización biológica de los seres humanos pueden manifestarse de manera aislada; pero en cuanto asumen formas orgánicas y se articulan discursos de sustentación en marcos institucionalizados, aunque se ponga el acento de la vertebración discursiva en uno u otro tipo de discriminación, siempre tienden a sustentarse en común, justamente porque no son más que *aspectos de una misma estructura ideológica*.

El resumidero de toda esa escoria ideológica fue el nazismo, pero nadie debe engañarse y pretender que éste ha sido original. Es sabido que el nazismo no hizo más que repetir pretendidas teorías científicas previas y sustentadas en otras latitudes, especialmente en Inglaterra y Francia².

No ha habido racista que no haya defendido la necesidad de mantener a la mujer en una posición subordinada dentro del control paternalista y patriarcal. Tampoco los ha habido que no hayan idealizado la perfección física y la virilidad³.

1 La clasificación fue propuesta por Michel Wieviorka en *El espacio del racismo* (Barcelona, Paidós, 1992); pero resulta válida para todo tipo de discriminación.

2 Quizá el mejor resumen acerca de estos aspectos sea el de George L. Mosse, *Il razzismo in Europa. Dalle origine all'olocausto*, Bari, Laterza, 1992.

3 Véase George L. Mosse, *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*, Turín, Einaudi, 1997.

La antropología, como discurso legitimante del neocolonialismo del siglo XIX, y la sociología, como discurso legitimante del orden dentro de las metrópolis de la misma época, eran claramente racistas y discriminatorias con respecto a la mujer, al tiempo que idealizaban el poder viril que aumentaba como resultado de la lucha selectiva.

Pero, ¿a qué se debe hoy la unidad ideológica de la discriminación biológica? *A que cumple una misma función de poder*. La discriminación biológica se sacraliza con el surgimiento del poder punitivo en su forma actual, con el saber manipulado por indagación a efectos de dominio y con la consiguiente jerarquización patriarcal, señorial y corporativa de la sociedad. Cambia la piel en su avance, pero el poder es el mismo y mantiene su sustancia desde hace, por lo menos, ochocientos años.

La sociedad corporativa y verticalizada asienta su poder jerarquizado sobre tres vigas maestras:

1. el poder del *pater familiae*, o sea, la subordinación de la mitad inferiorizada de la humanidad y el control de la transmisión cultural (policía de la mujer);
2. el poder punitivo, o sea, el ejercicio de la vigilancia y eventual coerción disciplinante a los inferiores (policía de peligros reivindicatorios);
3. el poder del saber del *dominus* o *ciencia señorial* que acumula capacidad instrumental de dominio (policía de discursos).

Excursus 1. Las tres vigas maestras nacieron con el poder mismo, como no podía ser de otro modo, pues se entrelazan y cruzan en su construcción. Es posible buscarlas en la historia desde muy atrás y, también, seguir su rastro en la antropología; pero en su forma actual e irreversible el poder corporativo y verticalizante de la sociedad jerarquizada aparece en los siglos XII y XIII europeos.

En cuanto al surgimiento del poder punitivo, es necesario señalar que la afirmación de que existió siempre es falsa. La humanidad caminó sobre el planeta durante miles de años sin conocer el poder punitivo. Éste apareció en diferentes momentos históricos y luego desapareció.

Hasta los siglos XII y XIII europeos no había poder punitivo en la forma en que hoy lo conocemos. Por ejemplo, cuando un germano lesionaba a otro, el agresor se recluía en el templo (asilo eclesiástico) para

evitar la venganza, y allí permanecía mientras los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación (*Vergeltung*) que el clan del lesionado debía al clan del lesionado, bajo amenaza de que, de no resolverse, se declararían la guerra. Otro de los métodos de resolución del conflicto era dirimir la cuestión por un juicio que se decidía con la intervención de Dios en persona, es decir, con *pruebas*: las pruebas de Dios u *ordalías*. El juez en realidad era una suerte de juez deportivo, que sólo cuidaba la transparencia e igualdad para permitir que Dios expresara la verdad. La más común de las ordalías era la contienda o *lucha*, el duelo entre las partes o sus representantes: el vencedor era poseedor de la verdad.

Todo esto cambió cuando los señores comenzaron a *confiscar a las víctimas*. Los jefes de los clanes dejaron de arreglar la reparación y los jueces dejaron su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político). El señor (*dominus*) comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas y afirmó: *la víctima soy yo*. Así, el *poder político* pasó a ser también *poder punitivo* y a decidir los conflictos excluyendo a la víctima, que desapareció del escenario penal.

Es cierto que hoy se escuchan algunos discursos y se realizan tímidos intentos de tomar en cuenta a la víctima, pero no es más que un paliativo a esta confiscación, o sea, una forma de atenuar sus excesos, y en modo alguno una restitución del derecho confiscado. El día cuando el poder punitivo restituya en serio a la víctima, pasará a ser otro modelo de solución de conflictos, dejará de ser poder punitivo porque perderá su carácter *estructural, que es la confiscación de la víctima*.

A partir de esa confiscación, se produjeron los siguientes cambios fundamentales:

1. El proceso penal (o juicio) dejó de ser un procedimiento para resolver un conflicto entre las partes y se convirtió en un acto de poder de un delegado del señor o soberano. Desde que una de las partes –la víctima– salió del proceso, la sentencia no atiende su interés sino el del poder.
2. El juez penal dejó de ser un árbitro que garantizaba la objetividad y el equilibrio entre las partes y pasó a ser un funcionario que decide conforme al interés del soberano.

3. Como dejó de tratarse de un juicio entre partes, ya no hizo falta establecer de qué lado estaba Dios porque se descontaba que siempre estaba del lado del poder. Por lo tanto, no tenía sentido convocarlo al juicio pues se presuponía que siempre estaba en él, representado por el juez como personero del señor (*dominus*).
4. La seguridad de que Dios siempre asistía al juez determinó que desapareciese la prueba de Dios, que el método de establecimiento de la verdad de los hechos no fuese más el duelo –la lucha– y que se pasara al interrogatorio: la verdad debía proporcionarla el procesado o acusado respondiendo el *interrogatorio* (a la *inquisición* o *inquisitio*) del juez. Si el procesado no quería confesar, se lo *torturaba* hasta hacerlo hablar.

De la forma de establecimiento de la verdad en el proceso penal (por *inquisitio* mediante *tortura*-violencia) surge la forma de conocimiento de todos los saberes a partir de ese momento o, al menos, es innegable que el cambio se opera en forma simultánea: el saber también se adquiriría antes estableciendo la verdad por lucha o confrontación (la alquimia, la astrología, las *cuestiones* en filosofía). De allí se pasa a la química y la astronomía, y se llega hasta la *interrogación al ente* en la ontología.

A partir de ese momento, el saber no avanzará mediante la lucha con la naturaleza y las cosas sino mediante el interrogatorio a las cosas o los entes; interrogatorio que también llega a la tortura ya la violencia (el *experimento*: desde la apertura de cadáveres hasta la vivisección, pasando por los médicos nazis y la exposición de miles de personas a la radiación)⁴.

Como *saber es poder*, el saber se acumula preguntando a los entes según el poder que se quiere ejercer sobre ellos. El *sujeto* del conocimiento se coloca en posición de *inquisidor*, está siempre en un plano superior al *objeto* o ente interrogado, tiene a Dios de su lado, es un enviado de Dios para saber, es el *dominus* que pregunta *para poder*.

Es natural que, cuando el objeto es otro ser humano, el saber señorial presuponga, por su propia estructura metódica, una jerarquía: el ser humano-objeto será siempre un ser inferior al ser humano-sujeto. No hay diálogo sino interrogatorio violento. La discriminación jerarquizante entre los seres humanos es un

⁴ Véase Michel Foucault, *El saber y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980.

presupuesto y una consecuencia necesaria de esta forma de saber del *dominus*.

La primera tarea en la que se unieron el poder punitivo y el saber inquisitoriales fue en el fortalecimiento de la estructura patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer, como capítulo indispensable de su disciplinamiento social, corporativo y verticalizante.

Era necesario disciplinar a la sociedad: eliminar de la cultura los elementos paganos anárquicos o disfuncionales, reemplazarlos por los componentes pautadores de la jerarquía corporativa política y eclesiástica y, muy especialmente, disciplinar sexualmente a la sociedad y sobre todo a las mujeres. Por su función de transmisoras de cultura, era indispensable controlar y subordinar a las mujeres para la eliminación de los elementos paganos disfuncionales de arrastre.

Se trataba de una tarea por completo atinente al poder. Esto se confunde cuando se la califica como *cristianización* de la sociedad. Su vínculo con la cristianización lo expresa con toda elocuencia la *leyenda del Sumo Inquisidor*. Era una pura cuestión de poder disciplinante, en una Europa en la que sólo las elites estaban disciplinadas. El discurso teocrático era sólo la modalidad comunicativa del momento histórico.

La Inquisición fue la manifestación más orgánica del poder punitivo recién nacido. Su ejercicio de poder disciplinante fue de inenarrable crueldad. Cuando en el siglo XV ya decaía en casi toda Europa (al tiempo que cobraba impulso con otro sentido en España), recogió su experiencia de los siglos anteriores en una obra que por primera vez expone, en forma integrada y orgánica, un discurso sofisticado de criminología etiológica, derecho penal y derecho procesal penal y criminalística: el manual de la Inquisición, oficialmente aprobado por el papado, redactado por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger y publicado en 1484 con el título *Malleus Maleficarum* (*El martillo de las brujas*)⁵. Ciertamente, puede ser considerado el libro fundacional de las modernas *ciencias penales o criminales*. No se le reconoce este carácter sólo porque no es una buena partida de nacimiento.

Las notas estructurales más importantes del poder punitivo marcadas por el *Malleus Maleficarum* son las siguientes.

5 Hay diversas ediciones: Heinrich Kramer y James Sprenger, *Malleus Maleficarum translated with an Introduction, Bibliography and Notes by the Rev. Montague Summers*, Londres, The Pushkin Press, 1951; *El martillo de las brujas para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, Madrid, Felmar, 1976; *O martelo das feiticeiras Malleus Maleficarum* (Río de Janeiro, Rosa dos Tempos, 1991).

1. Un mal cósmico amenaza con destruir a la humanidad. Ante semejante amenaza, no debe haber titubeo alguno. El mal no repara en medios, la defensa tampoco debe hacerlo. Cualquier reparo pone en peligro la empresa salvadora de la humanidad. (*Primer discurso de emergencia: en los ocho siglos posteriores surgirán otros muchos y también desaparecerán.*)
2. Los peores enemigos son los que ponen en duda la existencia del mal cósmico, porque dudan sobre la legitimidad del poder de los que ejercen el poder punitivo. (*La legitimación del poder punitivo es legitimación de sus agencias seleccionadoras.*)
3. El mal no obedece a causas mecánicas ni físicas sino a la voluntad humana. (*De lo contrario, no se puede legitimar el castigo.*)
4. La voluntad humana se inclina al mal en personas que son biológicamente inferiores, porque son más débiles⁶. (*Las inferioridades biológicas irán cambiando en los siglos posteriores y, en algunos casos, la ideología punitiva se separará de ellas, en apariencia al menos, para construir inferioridades morales.*)
5. La inclinación al mal se condiciona genéticamente como predisposición, no como predestinación. (Un predestinado no puede ser castigado; la criminología etiológica sostendrá lo mismo, incluso el propio Cesare Lombroso en versiones ulteriores más matizadas de su tesis originaria del criminal nato).
6. Quien ejerce el poder punitivo es inmune al mal. (Es el modo de erradicar toda sospecha sobre las agencias punitivas).
7. Si el acusado confiesa, es culpable; si no confiesa, miente usando la fuerza que le proporciona su propia maldad. (*Es lo que, en la sociología contemporánea, Robert Merton llamará alquimia moral, o sea, lo bueno es malo si lo realiza el enemigo.*)
8. Los signos del mal son inclasificables, porque el mal se manifiesta de incontables maneras y, por ende, no es posible catalogar sus manifestaciones. (*Exclusión de todo límite de legalidad penal.*)

6 En ese caso, las personas más propensas al mal eran las mujeres, consideradas inferiores por haber sido creadas a partir de una costilla curva, contraria a la *rectitud* del varón. La fundamentación de la inferioridad llegó incluso a inventar una falsa etimología del término *femina* como proveniente de *fê* y *minus*, es decir, menor fe.

Por su parte, el efecto del avance del saber mediante la interrogación y la tortura o violencia (indagación y experimento) produce un conocimiento señorial muy particular: el sujeto pregunta al objeto para dominarlo; el objeto responde con toda su entidad; el sujeto no está preparado para escuchar la respuesta dada con toda la entidad del ente preguntado, porque sólo está preparado para escuchar lo que busca para dominar; la parte no escuchada de todas las respuestas se acumula sobre los sujetos y los aplasta.

No es otro el fenómeno que se sintetiza en la afirmación: *la tecnología domina al hombre*. La etimología lo explica muy bien: *objeto* es lo que se lanza (*yecta*) en contra, es el ente preguntado que se lanza contra el interrogador con toda su entidad; el interrogador es *sujeto* (lanzado o *yectado* hacia abajo), queda *sujeto* por el cúmulo de respuestas que no está capacitado para escuchar. Es la consecuencia del saber de *dominus*, de señor, patriarcal.

Las tres vigas maestras se articulan perfectamente desde hace ocho siglos. El poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: a las mujeres, los niños y los ancianos. Por ello, el poder punitivo se ocupa preferentemente de controlar a los varones jóvenes y adultos, o sea, controla a los controladores. El saber instrumental es poder al servicio del dominio de los controladores y de los controladores de los controladores.

La articulación básica se mantiene pese a que las relaciones de poder y dominio se complican en luchas de clases y de corporaciones, autonomización de las elites del poder, colonialismo, neocolonialismo, hegemonía étnica y cultural, etcétera. Pero en todas ellas funciona siempre el esquema básico que se inserta de diferentes maneras en otras relaciones que excluyen del poder y marginan socialmente a disidentes, minorías étnicas, inmigrantes, minorías sexuales, personas con necesidades especiales, enfermos físicos, psiquiatrizados, obesos, etcétera.

II. La señalización del discurso feminista entre los discursos antidiscriminatorios

El poder punitivo es una viga maestra de la jerarquización verticalizante que alimenta todas estas discriminaciones y violaciones de la dignidad humana. Pero

la discriminación y el sometimiento de las mujeres al patriarcado es tan indispensable como el propio poder punitivo. Por un lado, el poder punitivo lo asegura, al vigilar a los controladores para que no dejen de ejercer su rol dominante. Por otro, si se perdiese ese rol dominante, se derrumbaría la jerarquización misma porque las mujeres volverían a interrumpir la transmisión cultural que legitima el poder punitivo y el saber señorial que se logró con el primer ejercicio del poder punitivo en los siglos de su configuración originaria.

Si alguien duda de la eficacia de este poder, basta para demostrarlo la circunstancia de que, después del *Malleus*, los sucesivos discursos criminológicos casi no volvieron a mencionar a las mujeres hasta hace poco menos de veinticinco años, salvo referencias tangenciales y esporádicas. La criminología de los últimos cinco siglos sólo se ocupa de los varones, lo que es altamente significativo teniendo en cuenta que los discursos no sólo expresan lo que dicen sino también lo que ocultan y que los operadores del saber no sólo se manifiestan en lo que ven sino también en lo que dejan de ver⁷.

De allí la importancia del discurso feminista: el hecho de que no sea un discurso antidiscriminatorio más sino *el discurso antidiscriminatorio por excelencia*. Es verdad que hoy “el pensamiento progresista debe caracterizarse como el que se empeña en la lucha contra la discriminación”⁸, pero en esta lucha, la esperanza que abre el feminismo no la pueden abrir los discursos de los otros discriminados, porque:

1. son minorías más o menos numerosas, pero ninguno de ellos abarca a la mitad de la humanidad;
2. algunos de los grupos discriminados se renuevan en forma permanente, de modo que pierden identidad (los niños se hacen adultos, las personas mayores mueren);
3. la supresión de las otras discriminaciones no alteraría tan sustancialmente la jerarquía de la sociedad verticalizada y corporativizada;
4. el discurso feminista es susceptible de penetrar en todas las agencias, clases, corporaciones e instituciones, es decir, que no hay loci de poder social que no pueda ser alcanzado por las mujeres, y

7 Véase George B. Vold, Thomas J. Bernard y Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1998, p. 275.

8 Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.

5. el discurso feminista es susceptible de complementarse y compatibilizarse con todos los otros discursos de lucha antidiscriminatoria.

III. Razón y sinrazón de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios

Aunque no quepa duda de que el discurso feminista en algún momento cumplirá la necesaria función revulsiva, no es seguro que esto se produzca a corto plazo, ya que pese a su señalización como privilegiado entre los discursos antidiscriminatorios, está sometido a los mismos riesgos retardatarios y neutralizantes con que el poder contiene el avance de los restantes.

La sociedad corporativizada se defiende aprovechando y fomentando la espontánea tendencia a la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios. Entre todas las formas de discriminación sostenidas por el armazón de la sociedad jerarquizada, cada persona sufre o tiene una sensibilidad particular para alguna de ellas. Es algo que podría explicarse como una especie de tendencia a defender la prioridad y la propiedad del propio dolor: *mi desgracia es mía, no quiero perderla en un mar de desgracias, por respetable que sean el dolor y la desgracia ajenos.*

La fragmentación de los discursos antidiscriminatorios provoca una multiplicidad de *cosmovisiones unidimensionales*, una contradicción en los términos: cosmovisiones parcializadas. Cada segmento social discriminado encara su lucha desde su posición de discriminación, fragmentando la lucha conforme a su particular visión (parcializada) del mundo. Al fragmentarse la lucha misma, se producen contradicciones entre los discriminados que impiden su coalición. La sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo *xenófoba*, no es sólo *homofóbica*, etc., sino que es todo eso junto.

La tendencia a la fragmentación se explica por fundados temores a los siguientes riesgos.

1. El discurso reivindicatorio particular se podría perder en un discurso político general que afectara la identidad de los grupos respectivos.
2. El discurso podría cobrar mayor alcance político y generaría contradicciones y disoluciones en el seno de los propios grupos consolidados por

una particular lucha antidiscriminatoria pero formados por personas no dispuestas en igual medida a librar luchas de mayor alcance o que ni siquiera logran acuerdos sobre los objetivos de tales luchas.

3. Con el pretexto de superar la fragmentación, podría deslizarse una racionalización que debilitara los niveles de la respectiva lucha antidiscriminatoria.

En cuanto a los riesgos primero y segundo, por supuesto, debería cuidarse que los discursos no se neutralizaran en un discurso político general, por lo regular sólo testimonial. Pero los discursos no superan su fragmentación disolviéndose en un discurso político general, es decir, perdiendo sus objetivos estratégicos, sino precisamente conservándolos. Sólo que, en cuanto a sus operaciones tácticas, los discursos deben tener en cuenta el sentido y los límites que les impone el reconocimiento de la estructura de poder general de la sociedad jerarquizada que, en último análisis, es la causa de la discriminación contra la que se lucha. En otras palabras: no se trata de abdicar o debilitar la estrategia sino precisamente de reforzarla, abriendo los ojos para que la táctica no haga perder de vista la estrategia.

El tercer riesgo es que cualquier confrontación con el discurso feminista por parte de un varón pueda conllevar una racionalización inconsciente por vía de solidaridad de género. Para evitarlo, en modo alguno puede caerse en otro riesgo igualmente grave, como cerrar el discurso a cualquier confrontación verificadora alegando solidaridad de género.

De cualquier manera, no es admisible que el discurso feminista —como ningún otro— se construya sin confrontación ni contraste, y esta condición necesaria quedaría neutralizada si cualquier observación que no provenga de una mujer se atribuyese mecánica e inexorablemente a solidaridad de género. La precaución razonable ante un riesgo real —que no es más que otra de las muchas trampas del inconsciente— se convertiría en un elemento autoritario que cerraría herméticamente el discurso y, por ende, le impediría su dinámica y lo esterilizaría.

IV. El poder punitivo y su burla de los discursos antidiscriminatorios

En cuanto a la relación del discurso feminista y el discurso del poder punitivo, si bien tiene particularidades, la *trampa neutralizante y retardataria* no es en lo básico diferente de las que amenazan a los otros discursos antidiscriminatorios. Hace tiempo se ha verificado que cada grupo que lucha contra la discriminación critica severamente el discurso legitimante del poder punitivo siempre reivindica el uso pleno de ese poder en cuanto a la reducción de su particular discriminación.

El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la *vulnerabilidad* y ésta responde a *estereotipos*. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los *prejuicios* que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que *la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones*. A ello obedecen las características comunes de los prisionizados, que pueden ser clasificados según los prejuicios que determinaron su selección. En este sentido, la obra de Cesare Lombroso, que describe lo que vio en las cárceles y manicomios de su tiempo, es en definitiva la mejor descripción que se ha hecho de todas las discriminaciones traducidas en estereotipos criminales (selectivos). Nadie con las características que describió Lombroso podía quedar indemne al poder punitivo de la época. Incluso era cierto —y lo es hasta hoy— el escaso número de mujeres en relación con el de varones prisionizados.

Lo que fallaba radicalmente en Lombroso eran sus explicaciones: confundió las causas de la criminalización con las del delito. En cuanto a la mujer, era cierto que las pocas presas que había en aquel momento tenían características virilizadas, pero no que las mujeres delincuentes fueran anormales: de su observación, lo que se deduce es sólo que el poder punitivo de su tiempo seleccionaba mujeres conforme al estereotipo de la mujer virilizada como desviada de su cometido de hembra sumisa y doméstica. Tampoco era verdad que la prostitución fuera un equivalente del delito⁹; en realidad, era un equivalente de la prisionización: una forma de mantener subordinada a

9 Véase Cesare Lombroso y Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Milán, Vallardi, 3ª ed., 1915.

la mujer, esclavizada como mercancía de un hombre que la alquila. Esa situación de servidumbre hace innecesaria la intervención controladora del poder punitivo sobre ella. Es la máxima manifestación del patriarcado que el sistema penal refuerza para delegar y ahorrarse el esfuerzo controlador sobre la mitad de la población. Es el resultado de la primera gran privatización del poder punitivo, anterior en muchos siglos a las iniciativas recientes de privatización de la seguridad.

El fenómeno que se produce como resultado de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios es que cada uno critica desde su particular discriminación la selectividad del poder punitivo, lo que en principio es correcto y sería positivo pero siempre que no vaya acompañado por otra actitud, que es *la pretensión de que el propio poder punitivo se ponga al servicio del discurso antidiscriminante*.

Esta pretensión es insólita: es inconcebible que el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento más violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación. Un poder que, por su estructura, no puede ejercerse más que en forma selectiva y discriminante, de ningún modo podría ejercerse antidiscriminatoriamente.

Si bien hay teorías que postulan esta transformación –por ejemplo, el llamado *derecho penal mínimo*¹⁰, no escapa al observador menos advertido que se trata de una propuesta que importa un cambio muy profundo en la sociedad, y en modo alguno un mero retoque en la ley penal. Sólo en este marco podría pensarse en un poder punitivo que estuviese del lado del más débil. No obstante, suele observarse que nada hay en la historia que permita afirmar la perspectiva de esta mudanza cuando, por el contrario, toda la experiencia histórica prueba que invariablemente el poder punitivo ha estado siempre del lado del más fuerte.

El resultado de la pretensión de que el poder punitivo, sin mayores cambios sociales, sólo en virtud de reformas puntuales a las leyes vigentes, se convierta en un aliado en la lucha antidiscriminatoria es que el poder punitivo recibe una crítica puntual, que no le hace mayor mella porque la sociedad está habituada a este género de críticas, pero al mismo tiempo –y como so-

10 Véase Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989.

brada compensación— se beneficia con una formidable legitimación como resultado de la suma de las reafirmaciones de su utilidad que producen todos los sectores discriminados sumados.

El poder punitivo puede reír satisfecho y burlarse de todo el progresismo antidiscriminatorio, especialmente cuando éste le reclama soluciones a su discriminación y sus epígonos responden con la mayor hipocresía, afirmando que su ineficacia antidiscriminatoria proviene de las garantías y límites que le impone la legalidad constitucional e internacional. *El máximo grado de burla se alcanza cuando el instrumento discriminante argumenta que su incapacidad antidiscriminatoria proviene de que no es suficientemente fuerte.*

La trampa es tan grosera que muchos protagonistas de luchas antidiscriminatorias se percatan de ella, especialmente cuando provienen de sectores marginados que tienen una larga experiencia directa del ejercicio discriminante de este poder. Esta experiencia les sirve para no caer en los límites más groseros de la broma punitiva, porque tienen clara conciencia de que el poder punitivo descontrolado es sinónimo de Estado de policía, y saben que el Estado de policía es el que reprime con mayor violencia cualquier reivindicación antidiscriminatoria. Pero de cualquier manera, por lo general, esto no es suficiente para obviar la insólita pretensión de que sus cadenas lo liberen, de que el poder punitivo pueda ser su aliado.

En el caso del feminismo generalmente esa experiencia no existe, porque el poder punitivo, después de su originaria y brutal intervención directa, hace siglos que delega la subalternización controladora de la mujer en el no tan informal control patriarcal, que es su aliado indispensable: no necesita criminalizar a las mujeres sino servir de puntal a la sociedad jerarquizada para que ella se encargue de esa tarea. Ejerce un control indirecto, lo que le permite mostrarse como totalmente ajeno a la subalternización femenina.

El aborto*

Tamar Pitch

Sumario

Premisa. I. Responsabilidad y derechos. II. Abortar. III. De víctimas a verdugos. IV. *Roe vs. Wade*: el significado de *privacy*. V. Responsabilidad y filiación. VI. ¿Hay que cambiar la ley?

Premisa

El debate y la polémica sobre la procreación asistida no debería reabrir la discusión sobre el aborto voluntario. Aunque en realidad la discusión, absolutamente esclarecedora respecto al modo en el que el derecho concibe y regula el cuerpo femenino, construye «la mujer» y la relación entre los sexos, y en última instancia concibe la «ciudadanía» femenina, nunca se ha cerrado. En este capítulo contaré las vicisitudes del proceso italiano de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, reflexionaré en torno al modo como este problema ha sido afrontado en la política de las mujeres y concluiré suministrando algunas hipótesis sobre el significado de «autonomía»¹.

* Tamar Pitch, “el aborto”, en *Un derecho para dos*, Editorial Trotta, España, 2003, pp 75-119.

1 Ya estaba avanzada la redacción de este capítulo cuando, rebuscando en el archivo sobre el aborto amablemente puesto a mi disposición por Roberta Tatafore, me topé con el librito de Laura Conti, publicado en 1981. No lo conocía, o tal vez lo había olvidado, es decir, no lo había encontrado in-

En los primeros años setenta se puede encontrar al menos tres, tal vez cuatro, posiciones feministas sobre el aborto. El grupo Rivolta Femminile (del que más adelante citaré un documento) argumenta contundentemente contra cualquier legalización del aborto, al que considera una «legítima defensa» frente «una agresión biológica», cultural y política. Embarazo y parto ponen en juego el entero equilibrio psicofísico femenino. De éste no se puede ni se debe dar cuenta a la sociedad, algo que en cambio está implícito en el aborto legalizado, considerado por Rivolta como un acto de desconfianza frente a las mujeres, relegadas de este modo al rango de reproductoras. No existirá remedio al aborto clandestino, por tanto, hasta que el aborto no sea «libre».

Una posición en ciertos aspectos similar tomará el grupo que trabaja alrededor de la Librería de Mujeres de Milán (Libreria delle Donne de Milan, 1987), antes Colectivo Feminista Milanés. En un documento de 1975 (Papa, 1975: 283 ss.), estas mujeres explican por qué no se adhieren ni participan en las manifestaciones por el aborto «libre y gratuito», en virtud de una práctica política dirigida a la afirmación del cuerpo femenino, impulsada «por un saber y una práctica diferente que parte de este análisis materialista». Se afirma así, que «el aborto no es el “final de una vergüenza”», las mujeres no se avergüenzan de abortar en clandestinidad, ni es la salida a la ignorancia y falta de medios contraceptivos. Lo que el aborto pone en evidencia es más bien la contradicción, que ninguna ley puede salvar, entre sexualidad femenina y sexualidad masculina. En una realidad de dominio masculino, una ley que permita el aborto libre y gratuito sirve a los varones «quienes invirtiendo en hospitales para abortar oficialmente tendrán su conciencia en paz

interesante en su época. Leyéndolo hoy, al contrario, me ha parecido extraordinario. Lúcido, muy bien argumentado, este libro, escrito antes de los dos referendos sobre el aborto (uno propuesto por el Movimiento por la vida, el otro por los radicales, ambos sucesivamente derrotados), dice casi todo lo hay que decir sobre el aborto, sobre la ley 194, sobre qué significa legislar sobre el aborto. Tanto es así que he llegado a pesar: ¿qué tengo yo que añadir? Naturalmente, muchas cosas han pasado desde entonces, y de éstas debo en cualquier caso dar cuenta. Pero de lo que prioritariamente debería dar cuenta es de cómo y por qué este libro pasó inobservado (no sólo por mí), ¿por qué, cuando salió, no fue objeto de un debate? Sería una historia interesante, y útil para comprender la fuerza y la debilidad de la política de las mujeres, útil para comprender los dilemas planteados por la cuestión del aborto y la vacilación femenina ante el uso del instrumento legislativo para afrontarla. Me limitaré en cambio a algunos breves apuntes, mientras que usaré el libro de Laura Conti ampliamente y un poco como contrapunto a lo que diré.

de modo definitivo». «Entonces, ¿qué debemos querer y buscar en primer lugar? ¿Nuestro bienestar, nuestro placer, nuestra alegría, o bien el remedio (violento) según los gustos y las preferencias de los demás, es decir, de los varones?» En esta posición se une el rechazo de una práctica política (manifestarse, y a menudo, manifestarse con los varones) y la reducción del tema cuerpo, sexualidad, al aborto-remedio violento de una sexualidad impuesta.

Algunas mujeres también se decantan por una línea de «simple» despenalización cercana a la posición del Partido Radical (Pomata, 1981).

No obstante, la postura que adquirió mayor visibilidad (a través, por ejemplo, de grandes manifestaciones nacionales) fue la que abogó por ley (aun delegando su redacción en el Parlamento, con la mediación de los grupos políticos que tradicionalmente habían sido más permeables a las presiones de los movimientos de las mujeres) que asegure el aborto «libre, gratuito y asistido». Esquemáticamente: las mujeres que se reconocen en esta posición rechazan en primer lugar redactar ellas mismas una ley, ya que «ninguna ha recibido una delegación para legislar sobre el cuerpo de otra», posición minoritaria años después, durante la batalla por una nueva ley sobre la violencia sexual (Pitch, 1983 y 1989); prefieren una ley a la simple despenalización no sólo porque piensan, en conformidad con la izquierda tradicional, que una ley tutela mejor, sobre todo a las mujeres con menores recursos económicos y culturales, sino también por otras dos razones. La primera: se confía en el potencial simbólico de una ley que al acoger el principio de autodeterminación podría terminar consagrándolo. La segunda: una ley que dispusiese un aborto a cargo de los hospitales públicos abriría paso a una extensión del control estatal y burocrático en el ámbito privado, pero también abriría, se teorizaba, nuevos espacios de negociación y de conflicto precisamente con los poderes públicos.

Ésta fue, como se ha sostenido, la línea vencedora entre las mujeres, y la que de hecho influyó en el iter parlamentario de la ley 194. Cuando, en 1981, se trató de retomar el debate con ocasión de la presentación de dos referendos ésta fue, de nuevo, la línea mayoritaria. Estaba presente, entonces, un cierto –cansancio, una especie de rechazo frente a la necesidad de retomar la iniciativa en este tema. El llamado movimiento de las mujeres había sufrido una profunda transformación, se había articulado en miríadas de grupos e iniciativas diversas, había inventado prácticas políticas lejanas a las grandes manifestaciones de los años setenta (por otra parte, se estaba de lleno en los

llamados *anni di piombo*), había reflexionado y producido sobre temas nuevos, en relación con estos cambios la defensa de la legalidad de abortar se consideraba defensiva, reductora.

Cuando finalmente el debate se ha reabierto lo ha hecho con matices y sobre temas diversos. Como ha dicho Dominijanni (1993: 15): «Entre la batalla de hace quince años y los estados de ánimo de hoy hay en medio una completa zozobra cultural. Valores en el lugar de sujetos, éticas en el lugar de saberes, dogmas (católicos y laicos) en el lugar de llamamiento alguno al sentido común».

Los discursos políticos han dejado el campo abierto a un discurso «ético» en el que desaparecen los sujetos concretos, sus experiencias, sus saberes. Apuntaré más adelante algo sobre las circunstancias que han llevado a esta sustitución. Aquí sólo quiero recordar cuatro ocasiones recientes donde se ha retomado el debate: en 1988, una sentencia del Tribunal Constitucional considera legítima la norma que no prevé el derecho del padre a ser consultado en el caso de decisión de la mujer de interrumpir el embarazo. Sobre ésta nace una discusión, caracterizada por la toma de posición de algunos hombres públicos (Giuliano Amato, Giuliano Pisapia, entre otros) quienes, con tonos diversos, reproponen ese derecho paterno y de hecho, Amato sobre todo, reclama una revisión de la ley 194.

En 1989 el ministro de la Sanidad Donat Cattin, como consecuencia de una denuncia de dos médicos objetores de conciencia, ordena una investigación sobre los abortos más allá del nonagésimo día, llevados a cabo en la clínica milanesa Mangiagalli. Siempre en 1989, el subsecretario de la Sanidad, Elena Marinucci, habla de la posibilidad de introducir también en Italia la píldora abortiva RU486. La polémica, obviamente, arrecia.

El debate sobre las nuevas tecnologías reproductivas y su regulación obviamente ha reabierto el entero capítulo del control de la procreación. El entonces presidente de la Tribunal Constitucional, Antonio Baldassarre, en 1995 declara en una entrevista a la Radio Vaticana que la tutela del concebido se puede derivar del artículo 2 de la Constitución, y pone de hecho bajo acusación nuevamente la ley 194.

A pesar de todo, no hay muchas mujeres dispuestas a defender esa ley. Más o menos subrepticamente (o sea, con más o menos visibilidad pública) esta ley ha sido sometida a acusación no tanto por las consecuencias inespe-

radas que ha producido su aplicación (de lo que hablaré más adelante), cuanto sobre el plano de los principios y más en general como ejemplo de política de pactos. Muchas de estas críticas ya están presentes en el libro de Conti. Se va afirmando, entre muchas mujeres, esa preferencia por la despenalización que ya Conti defendía agudamente.

I. Responsabilidad y derechos

Meros contenedores, y sin embargo, responsables penalmente. Así se considera a las mujeres embarazadas, como ya apunté en el capítulo precedente. Existe aparentemente una contradicción entre la reducción del cuerpo materno a máquina reproductora, a contenedor del feto, y la contemporánea construcción de las mujeres encinta como potenciales adversarias del feto, que hay que llevar ante los tribunales o someter a controles si fuman, beben, se drogan o de algún modo llevan estilos de vida considerados nocivos para el bienestar psicofísico del feto.

Pero la contradicción es ciertamente aparente. Ya que, como se ha visto, el cuerpo femenino se puede reducir a una máquina procreativa justamente por la posibilidad de separarlo del sujeto que lo «posee». Quien viceversa, conquista precisamente su estatus de sujeto gracias a su separación del cuerpo.

La separación implica a la madre y al feto. También el feto, o mejor, sobre todo el feto, se separa (del cuerpo) de la madre. El feto, así, alcanza el estatuto de sujeto (jurídicamente, de persona). Mientras el feto se separa, se libera, del cuerpo materno, la mujer se separa del feto, y también de su propio cuerpo, de sus propias capacidades reproductoras que ahora se pueden concebir como algo sujeto a su control racional. En consecuencia, hoy en día, resulta exigible el correcto uso de tales capacidades en nombre de ese otro sujeto: el feto y en nombre de la tutela de sus derechos.

Esta construcción adversarial, al menos en esta forma, es nueva y ciertamente resulta favorecida y potenciada por un desarrollo científico y tecnológico que no sólo permite visualizar e incluso producir el embrión (pronto también el feto) en laboratorio, sino que permite también asegurar la supervivencia del mismo feto y su transformación en neonato en casos de interrupción del embarazo siempre más precoces.

No obstante, estos desarrollos, también y por otras razones, son susceptibles (además de ser el producto) de interpretaciones culturales (y jurídicas) de tipo adversarial. Frente a visiones del mundo que mostraban el mundo mismo cada vez más como producto humano, controlable o mutable racionalmente, a la vez que inaccesible a la acción del individuo, ajeno a imputaciones de responsabilidad individual, emergen prepotentemente tendencias favorables a la reintroducción de actores individuales sobre la escena social, que no por casualidad aprovechan el lenguaje y, a menudo, la escenografía penal (Pitch, 1989). Es decir, visiones del mundo como las que están en la base de la cultura del Estado social, o el mismo socialismo que, evidentemente, no es ajeno a esa cultura, han contribuido a desnaturalizar áreas siempre más numerosas de la vida social, y de la misma vida humana. Esto es, las han reconstruido como productos humanos e históricos, por tanto contingentes y manipulables. Al mismo tiempo, por lo menos en las versiones dominantes del sentir común, estas visiones del mundo han contribuido a poner entre paréntesis, a esconder, el propio actuar humano, situándolo dentro de los grandes aparatos institucionales, privados de sujetos que se puedan identificar y hacer directamente responsables (el Estado, la Administración pública o, bajando en la jerarquía, la compañía suministradora de energía eléctrica, la compañía telefónica, y similares) o bien, y complementariamente, disolviendo en un sujeto colectivo (la clase trabajadora, las masas) que tampoco es actor sino más bien alguien guiado o conducido por un proceso histórico inevitable.

Estas visiones del mundo están en crisis. Las razones son muchas y bien conocidas, y no puedo resumirlas y comentarlas aquí. Pero sí quisiera señalar que lo que ha entrado en crisis es, en realidad, la posibilidad de poner entre paréntesis el actuar humano individual y la confianza en controlar el mundo de manera programada y, por tanto, racional. De hecho, no sólo el proceso de desnaturalización va adelante sino que se toma cada vez más en serio y se lleva a sus últimas las consecuencias. Por ejemplo, los aluviones no son sólo el efecto de un desarrollo industrial que ha destruido el territorio, sino que también son imputables directamente a acciones u omisiones de Fulano o Mengano. Sólo así, por otra parte, se puede pedir que de las consecuencias se haga cargo Fulano o Mengano o las instituciones que dirigen.

Lenguaje y escenografía penal se convierten en recursos simbólicos potentes en este proceso de reconstrucción de lo social: hay responsabilidades

que atribuir y al mismo tiempo responsabilidades que asumir, y esto es lo que hacen el lenguaje y la escenografía penal. No obstante, las responsabilidades así atribuidas si bien identifican actores, sujetos, lo hacen como actores simples, descontextualizados, que se caracterizan sólo por su capacidad de «entender y querer». Además, las relaciones entre sujetos se reconstruyen a su vez según un esquema dualista y antagonista. Sobre un escenario penal se es culpable o bien víctima, y la red compleja de las relaciones sociales se reduce precisamente a la relación entre víctima y culpable.

La percepción y definición de uno mismo como víctima parece ser un movimiento inicial y necesario en la reivindicación del reconocimiento del propio estatuto de sujeto. En esto no hay nada nuevo, el acceso a la escena pública de nuevos sujetos y de nuevos temas pasa siempre por cuestionar lo que hasta ahora se consideraba obvio y se daba por descontado y su reconstrucción como algo, en cambio, problemático, con la consiguiente imputación de responsabilidad a alguien o a algo por el problema así evidenciado. Lo que todavía hoy parece ser prevalente es que esta reconstrucción pone en escena actores –criminales y víctimas– individuales, autores y destinatarios de acciones únicamente motivadas por intención y voluntad. Se nos percibe y se nos define como víctimas no ya o no tanto de una «sociedad injusta», de circunstancias y situaciones también ellas «injustas», cuanto de personas precisamente individualizables cuyas acciones nos dañan.

Los ejemplos abundan, y volveré a la discusión a propósito de la violación y del acoso sexual.

Ciertamente, la subjetivación del feto, el proceso a través del cual se reivindica para el feto el estatuto de persona, pasa (también) a través de la posibilidad de reconstruirlo como víctima potencial de alguien².

Cuando en Italia se empezó a discutir sobre el aborto, en los primeros años setenta, la situación era distinta. Izquierda y católicos compartían la idea de que el aborto era un tema conflictivo, un problema, social. Ciertamente, la izquierda solía hablar más de la (da plaga del aborto clandestino», que de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero en realidad el acento estaba ya entonces puesto más sobre «aborto» que sobre «clandestino». Di-

2 Por otra parte, como se verá seguidamente, los niños acceden al estatuto de sujetos de *derechos* a través de su reconstrucción como potenciales víctimas de los padres en particular y de los adultos en general.

gamos entonces que mientras la izquierda identificaba a las mujeres como víctimas de una situación cultural y social injusta que no les permitía una «maternidad libre y consciente», los católicos ponían entre las víctimas también (das vidas potenciales), el «producto de la concepción». El aborto, para unos y para otros, era en cualquier caso «drama», «tragedia», para las mujeres y para la sociedad en general, bien porque su ilegalidad constreñía a las mujeres con menos recursos económicos Y culturales a prácticas peligrosas y tal vez fatales, bien porque condiciones sociales adversas e injustas constreñían a las mujeres a elecciones trágicas.

En definitiva, en el centro de la discusión permanecía la maternidad. El aborto se veía como renuncia obligada y trágica a la maternidad y, por tanto, su legalización era vista como un mal necesario hasta que no desaparecieran las condiciones que impedían a las mujeres tener los hijos que concebían.

Entre las fuerzas políticas tradicionales, la única voz discordante era la de los radicales, que trataban en cambio la elección de abortar como «derecho civil», como un problema que está en relación con un ámbito de libertad individual Sustraído a la esfera de intervención estatal. En este sentido, los radicales no participaban en la lucha por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo aunque sí reivindicaban su simple despenalización.

El movimiento de las mujeres se diferencia de unos y de otros. La posición dominante, como ya indicaba, rechaza bien la consideración del aborto (sobre la ilegalidad) como problema social bien su consideración como derecho civil. La primera de estas dos configuraciones del aborto, que no por casualidad oscila continuamente entre considerar como problema social las consecuencias de la ilegalidad y considerar como problema social el aborto en sí, conecta estrechamente la interrupción voluntaria del embarazo a condiciones sociales económicas y culturales de las mujeres que obstaculizarían el acceso a una maternidad consciente. Gran parte de la elaboración feminista, ya entonces, consideraba, en cambio, que el aborto debía concebirse en relación con el potencial de fertilidad femenina, con la sexualidad, se decía en los años setenta, más que con la maternidad, querida o negada.

Esta postura, fruto de la experiencia de los consultorios autogestionados y de la práctica de abortos antes de su legalización, ha sido sancionada por investigaciones sucesivas a la aprobación de la ley 194 (Quintavalla, Rai-

mondi, 1989; Giacobazzi, Merelli, Morini, Nava, Ruggerini, 1989)³. Como, por otra parte, en otros países europeos (véase, por ejemplo, Greenwood, Young, 1979), la mayoría de las mujeres que recurren a la interrupción del embarazo no tienen un bajo nivel de instrucción, no se encuentran en condiciones económicas particularmente menesterosas, no están desinformadas respecto a los medios de contracepción.

Quedarse embarazada, entonces, debe ser considerado como algo que sucede en la medida en que se es mujer, algo que está en conexión con la experiencia heterosexual femenina, algo que está implícito en el potencial de fertilidad de las mujeres. Una mujer se puede quedar embarazada porque desea ser madre, pero puede quedar embarazada también por casualidad, por error (propio o del varón), porque la contracepción es todo menos segura, por el deseo del varón, por el deseo más o menos consciente de probarse a sí mismas el propio poder de fertilidad —lo que no coincide en absoluto con el deseo de maternidad, o sea, con el deseo de cuidar y educar una niña—. Se puede aceptar o no la maternidad tras una concepción no prevista (o incluso prevista): condiciones sociales y económicas favorables al cuidado de los hijos juegan ciertamente un papel en esta decisión, pero no son las únicas que cuentan. Lo que en cualquier caso la experiencia femenina parece decir es que el acontecimiento de la concepción (e incluso el eventual deseo de concebir) no implica necesariamente un proyecto y menos aún un deseo de maternidad. A todas las mujeres en edad fértil (hetera) sexualmente activas puede ocurrirles concebir (especialmente en un régimen de heterosexualidad masculina poco responsable). Es un acontecimiento inscrito en las capacidades reproductivas femeninas y contemporáneamente en un régimen de sexualidad fuertemente marcado por la dominación de un placer sexual masculino que coincide con el coito. Sin embargo, no todas las mujeres pueden o desean ser madres, o serlo en ese momento. La injusticia de la que son víctimas, entonces, es en primer lugar la sustracción del poder de decidir qué hacer una vez que se ha concebido.

Sin embargo, la lectura del aborto como (siempre y necesariamente) drama personal, como derrota no era extraña a la cultura feminista de la época, y to-

3 Véase también lo que dice una trabajadora de un hospital: «No es verdad que el aborto sea un drama. Mujeres que han llorado ante mí he visto poquísimas. He visto tantas mujeres y tantas realidades: algunas son problemáticas, otras menos, pero el drama existencial nunca lo he visto» (Albini, 1990: 48).

davía hoy se deja oír como respuesta a quien acusa a las mujeres de egoísmo o de insensibilidad moral. Reaparece así la asunción personal del rol de víctima, antes del aborto clandestino, ahora de las circunstancias que empujan a abortar, como forma de rechazar la idea de que se aborta con ligereza, sin sufrir sentimientos de culpa sin sentirse por esto «asesinas»⁴. En el rechazo a considerar el aborto un «derecho civil» jugaban probablemente en los años setenta también los vínculos que gran parte del feminismo mantenía genéticamente con la cultura de izquierdas, tradicionalmente desconfiada ante un discurso libertario/liberista. De hecho, la construcción del aborto como derecho de libertad se ligaba a una propuesta de simple despenalización que, se temía, habría favorecido el desarrollo de un mercado de abortos gravoso para las mujeres. Con menos recursos y menos controlable desde el punto de vista de la tutela de la salud. Este rechazo reiterado a lo largo de los años se ha enriquecido teóricamente con experiencias y reflexiones posteriores a la aprobación de la ley 194. Considerar el aborto como derecho de libertad significa por un lado negar a la cuestión del control de la reproducción y del poder sobre la reproducción su carácter de cuestión pública y, por otro lado (y complementariamente), colocarlo dentro de una esfera de libertad personal, expuesta a las reivindicaciones idénticas u opuestas del eventual compañero o de un hipotético abogado del feto. Las argumentaciones simplemente *prochoice* (por la «libertad de elección») no hacen referencia a un sujeto sexuado. Éstas se fundan, una vez más, sobre un sujeto supuestamente libre de vínculos, cuya elección es libre en tanto que racional. y es racional en la medida en que se basa sobre un cálculo costes-beneficios. Sin embargo, ésta parece una construcción simplificada y reductiva de la decisión de abortar, allí donde se reconducen todas las relaciones, comprendida aquella entre mujer y embrión, a la relación entre «costes y beneficios», se minimiza la constricciones externas y las intraindividuales, se reconduce la subjetividad moral femenina a los parámetros del individualismo contractualista, hipervoluntarista y calculador.

4 Lo que discuto no es, naturalmente, que para muchas mujeres el aborto sea un evento dramático y doloroso. Tanto es así que, como diré más adelante, me parece reductivo situarlo en su totalidad en el registro de la «elección» cuando, por otra parte, ésta se vincula dentro del paradigma de la «racionalidad». Son las construcciones sociales y el uso político instrumental de la «victimización» femenina lo que, en mi opinión, se ha de rechazar, puesto que también ambas contribuyen, como veremos, a una negación de la subjetividad moral de las mujeres.

En este sentido y por otra parte, ¿por qué este particular derecho sería sólo de las mujeres? masándonos en qué principios podremos negar una limitación de este derecho en nombre de los derechos del varón? ¿y cómo podremos argumentar eficazmente en favor de la prevalencia de la libertad de elección de las mujeres sobre un eventual derecho del feto a nacer? Nos encontraremos, en definitiva, en un escenario de tipo adversarial, que no sólo no tendría en cuenta la especificidad de la relación entre mujer y feto —que no es ni una relación entre individuos ni una relación de posesión, sino que sería, entre otras cosas, un escenario político y jurídicamente frágil, expuesto a reivindicaciones y ataques fundados precisamente sobre los mismos principios sobre los cuales se fundaría el derecho de la mujer⁵.

En realidad, como justamente pone de manifiesto Boccia (1990: 69-70), existe una estrecha correlación entre configuración del aborto en términos de cuestión social y respuesta en clave de derecho al aborto:

Ambas de hecho consideran el aborto desde una óptica fundamentalmente emancipacionista, de mejora de la condición femenina y de conquista de la ciudadanía [...] éste es el plano sobre el que de hecho ha operado la mediación entre opciones político-culturales diversas.

Lo que en el fondo une estas dos diferentes construcciones, que han conseguido unir sectores diversos del propio movimiento feminista y que encuentra acogida en la ley 194 es la visión del aborto como derrota, drama, límite, algo que se impone a las mujeres desde el exterior, algo «respecto a lo cual la mujer tiene un ámbito de acción, de valoración y de producción de las causas, muy limitado y además irresponsable». El énfasis, que es el de la ley, sobre la

5 No obstante, naturalmente, tiene razón Conti (1981: 54), cuando se pregunta qué es, en la ley 194, el aborto: si no es un *derecho*, ¿es un deber? ¿Una concesión, una licencia, un premio a la lotería? Y he constatado, con mis estudiantes, cómo este modo de considerar el aborto se ha convertido en algo de sentido común: tanto que las objeciones de los estudiantes (varones) estaban de *facto* argumentadas sobre su igual *derecho* a tener voz en el asunto o, al menos, a tener el derecho, propiamente, a rechazar una paternidad no elegida y no acordada. Las razones que han llevado a muchas feministas a no pedir que el aborto estuviese garantizado como *derecho* de libertad, las que anteriormente he recordado, se mantienen con independencia de que esa garantía se articule o se haga efectiva a través de una ley. Y conducen, como pronto veremos, a una hipótesis de despenalización, más que a la enunciación de un «*derecho* de aborto».

«maternidad libre y consciente» caracteriza el aborto como maternidad negada y complementariamente prevé o auspicia su desaparición cuando se haga efectiva la plena ciudadanía femenina.

La ley 194 (1978) es el resultado, como todas las leyes, de muchos compromisos. Y naturalmente, cabe subrayar, no es una ley que permite el aborto.

Es una ley que lo prohíbe, salvo en ciertas circunstancias: la circunstancia que sea practicado en una estructura sanitaria pública, y la circunstancia de que hayan transcurrido al menos siete días desde que la mujer notificó por primera vez a un médico su decisión de abortar. Cuando no se verifiquen estas circunstancias, el médico que practica el aborto puede ser condenado a tres años de reclusión y a la mujer a cien mil liras de multa (Conti, 1981: 47).

La posición de gran parte del movimiento feminista de la época —que pedía «el aborto libre, gratuito y asistido»— recibida por las mujeres organizadas en los partidos de izquierda consigue condicionar la postura al inicio conservadora y prudente del Partido Comunista, y aparece en la Sustancia, antes que en los principios, de la ley, que a pesar de obligar a recorrer un trayecto complicado, al final sanciona una última palabra femenina (para las mayores de edad).

Tras un primer artículo de «principios», en el que se declara, entre otras cosas, que «el Estado tutela la vida humana desde su inicio»⁶ y se niega al aborto el estatuto de «medio para el control de la natalidad»⁷, y un artículo

6 Dice el artículo 1: «El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable y tutela la vida humana desde su inicio». «¿Qué significa “procreación consciente”? Puede significar “procreación en estado de consciencia” y en este caso el texto indicaría que el Estado prohíbe dejar embarazada a una mujer narcotizada o en Estado de coma; es verdad que lo hace, pero no con la ley 194: lo hace con la ley contra la violación. O bien las palabras citadas indican que el Estado pretende que quien desee procrear tenga «consciencia», entendida como «pleno conocimiento» de lo que puede significar procrear: también es verdad que lo hace, pero no con la ley 194, sino con las leyes sobre la instrucción pública. Y ¿qué significa «procreación responsable»? ¿Significa procreación con asunción de responsabilidad hacia el hijo? Esta materia no está regulada por la ley 194, sino por el complejo de normas que construyen el *Derecho* de familia» (Conti, 1981: 60-61).

7 Pero en realidad, como dice Boccia (1990: 64): «Hoy prevalece una lectura del aborto que oscila entre el mal menor de la legalización respecto a la plaga social y el *derecho* de aborto como instrumento de emancipación femenina. En ambos casos, se considera el aborto como un fenómeno social correlato de la maternidad y de las formas de realización y reconocimiento social de la maternidad. El aborto es un momento de afirmación, a través de un acto negativo, del *derecho* de elección del

segundo que asigna a los consultorios deberes de información y prevención, se afirma la legitimidad de la interrupción del embarazo en los primeros tres meses de gestación si concurren circunstancias capaces de poner en peligro la salud física o psíquica de la mujer. Estas circunstancias, dice la ley, deben verificarse en el consultorio o por el médico de confianza, y se deben valorar soluciones diversas al aborto. Pero lo que al final cuenta es la voluntad de la mujer, a quien, pasados siete días desde la demanda, se le debe dar el certificado necesario para abortar⁸. Se puede abortar sólo en estructuras públicas o específicamente autorizadas y la intervención es gratuita. Mas allá de los noventa días, la interrupción del embarazo sólo es posible si el embarazo y el parto comportan «un grave peligro para la vida de la mujer» o cuando se revelen «anomalías o malformaciones del nasciturus, que determinen un grave peligro para la salud física y psíquica de la mujer».

En el plano de la práctica, la ley ha evidenciado en particular dos límites. El primero se refiere a la posibilidad de los médicos y del «personal auxiliar», de elevar objeciones de conciencia. Esta facultad se ha hecho valer abundantemente, tanto que existen zonas enteras del país en las cuales es imposible o extremadamente difícil obtener una interrupción del embarazo, lo que comporta agravio comparativo en los costes y, sobre todo, una prolongación de los tiempos capaz de poner en riesgo la posibilidad de abortar legalmente⁹. El segundo tiene que ver con el estatuto de las menores, quienes, para abortar, deben contar con el consentimiento de los padres o de los tutores o, en su ausencia, del juez tutelar. Norma que favorece, según muchas feministas, el recurso de las menores al aborto clandestino.

Pero todavía queda otro aspecto a considerar. Si, en la práctica, son las objeciones de conciencia y la especial regulación para las menores lo que constituye el mayor obstáculo para el acceso a la interrupción del embarazo, la previsión de un itinerario de coloquios, esperas, etc., en relación además

momento y de las mejores condiciones para la maternidad. Tanto si se considera desde el lado de la subjetividad femenina, como desde el lado social. Más allá de las (hipócritas) declaraciones de parte abortista, se reconduce plenamente el aborto a un medio de control de la natalidad».

- 8 Y no obstante, estoy de acuerdo con Laura Conti cuando afirma que esta ley no reconoce tanto la autodeterminación, o sea, la libertad de decisión de la mujer, cuanto el autodiagnóstico, es decir, el «valor de la valoración subjetiva de la condición de peligro para la salud psíquica» (Conti, 1981: 69).
- 9 «Nadie obliga a los testigos de Jehová a convertirse en cirujanos, pero ¿tal vez hay alguien que obligue a otro a hacerse ginecólogo?» (Conti, 1981: 96).

a una formulación de principios como mínimo ambigua, tiene un gran peso sobre el plano simbólico y a menudo también sobre el plano práctico. Ya al inicio de los años setenta, voces feministas, en disenso con la legalización, ponían de relieve que la legalización del aborto podía concebirse como un acto de desconfianza frente a las mujeres, ya que las obliga a aceptar a la sociedad como juez de las propias elecciones y las relega al rol de meras reproductoras: «Un comité de expertos en reproducción debe examinar a la reproductora. Su problema de conciencia se convierte en un acto burocrático» (Rivolta Femminile, 1975). En la misma línea de principios, quien quiere abortar no puede simplemente hacerlo: debe reconstruir para terceros delegados de la «sociedad» sus razones para hacerlo en los términos previstos por la ley. Debe (más o menos hipócritamente) motivar su decisión en términos de «peligro» para el propio bienestar físico y psíquico. Formalmente, estas motivaciones que están sometidas al examen de médicos o psicólogos, se pueden refutar y en cualquier caso deben ser discutidas. Sobre el plano simbólico, la «casuística» niega la libertad y responsabilidad moral de las mujeres. Sobre el plano práctico se puede acabar por subordinar la elección de abortar a procedimientos de Control social (Mondardini, 1980; Cacciari, Pizzini, 1985) más o menos evidentes y eficaces según la cultura del personal médico y paramédico, y de los recursos también aquí culturales, además de económicos, de las propias mujeres ¹⁰.

10 Sobre estos problemas véase las afirmaciones de los trabajadores de los consultorios y de los hospitales en Coordinamento Nazionale Donne per i Consultori, 1990. Por ejemplo: «Puedo sólo denunciar el rechazo que a menudo está implícito en el iter burocrático absurdo que se práctica en nuestro hospital. Se dedica una atención patológica a la documentación necesaria, esperando inconscientemente encontrar algo que no está bien, y así poder crear dificultades y reenvíos. Para algunos médicos y enfermeras es un ritual obsesivo que esconde una objeción real a la elección de la mujer» (Zoffoli, 1990: 34). «Cuando la mujer pide la interrupción del embarazo, yo sostengo que ya ha elegido y es necesario sólo ayudarla a llevar a cabo su elección. Pero si cualquier operador sostiene que está todo todavía en discusión porque en cualquier caso es el servicio el que expide el certificado, destruye la elección de la mujer o bien intenta orientarla en la medida de lo posible» (Santolamazza, 1990: 57). Véase también Conti (1981: 35-36): «[...] las prohibiciones defendidas por el Movimiento por la Vida son escudo Contra antiquísimas angustias existenciales, mientras la prohibición indirecta contenida en la ley 194 constituye un dispositivo pensado contra angustias más modernas y sofisticadas, en las que la angustia existencial (el «miedo de no nacer») se entremezcla con el *demier cri* del conformismo. El conformista «última moda» yace inquieto en su propio lecho. La noche infame no tienen fin. Hacia el alba una pastilla tranquilizante, un sorbo de agua y la solución: la prohibición indirecta. Cada año medio millón de malas madres, que

Ahora bien, principios «(la tutela de la vida humana desde su inicio», la negación del aborto como «medio para el control de la natalidad», su legitimación sólo en cuanto «terapéutico») e iter (casuística, coloquios, esperas) son también vías abiertas para amenazar la implantación sustancial de la ley, es decir, de la idea de que, al final, la decisión compete sólo a la mujer. Ambos, en otras palabras, ofrecen argumentos a quien, hoy, quiere revisar la ley en sentido restrictivo¹¹.

Pero antes de dar cuenta del debate actual y de las propuestas de modificación de la ley 194 que han sido presentadas recientemente, veamos la situación que emerge de los datos disponibles.

II. Abortar

Extraigo las siguientes informaciones de los datos que ofrece el Informe de 1992 del Ministerio de Sanidad, el último disponible completo en el momento en que escribo¹², sobre la «aplicación de la ley que contiene normas para la tutela social de la maternidad y para la interrupción voluntaria del embarazo»:

a) Las mujeres que recurren al aborto eran en 1992, como en los años anteriores, mayoritariamente casadas, de instrucción media, de edad superior

querían impedirles nacer, pagarán los propios delitos con las humillaciones de los subterfugios, con las deudas, el perejil, la vida; sobre ese frente por tanto está tranquilo. Pero también le tranquiliza el otro frente: nadie puede decirle que no es valientemente laico, y de izquierdas: de hecho, en la ley que ha aprobado y que defiende, una prohibición explícita contra el aborto no existe; existe sólo una prohibición sutil y alambicada, que se dirige directamente al médico y sólo indirectamente a la mujer... ».

11 Fuera de las previsiones normativas, naturalmente, el aborto sigue siendo delito. En 1981, dos referendos abrogativos, uno presentado por el Movimiento por la Vida, otro por los radicales, fueron rechazados con gran mayoría. Sobre la hipocresía de los que sostuvieron el «no» en ambos referendos, véase también Conti (1981).

12 Actualizo los datos a 1995: según la última elaboración ISTAT, desde 1980 hasta hoy los abortos voluntarios han disminuido en el 40 por ciento. En 1980 eran 209.000, en 1995, 134.000. Decece más el porcentaje de mujeres casadas que abortan, respecto a las no casadas, si bien todavía son las primeras, en términos absolutos las que abortan más. Para el 25 por ciento de las mujeres que recurren a la interrupción voluntaria del embarazo es su segundo aborto. Se aborta más en el sur que en el centro-norte, y es en el centro-norte donde existe una mayor difusión de consultorios. Los últimos datos confirman Sustancialmente las tendencias reveladas en 1992.

a los veinticinco años. En 1992, aproximadamente el 28 por ciento de estas mujeres ya había abortado (el 19 por ciento una vez). La frecuencia máxima en las repeticiones se encontraba en el sur (37,4 por ciento).

No se trata por lo tanto de ignorantes, faltas de criterio, carentes de información sobre la sexualidad. Antes bien, sorprende la baja tasa de menores. ¿Recurrirán en masa al aborto clandestino? Como dice Conti:

[...] es perfectamente inútil, entretenerse, con las estadísticas y alegrarse del hecho de que la «194 funciona» basándose sobre las observaciones de que en ciertas regiones italianas el número de abortos legales en relación con el número de nacidos es similar al danés. De hecho es posible que las jóvenes danesas hagan más el amor que las jóvenes italianas, pero lo que es cierto es que el empleo de métodos contraceptivos es más elevado en Dinamarca que en Italia. Por lo tanto, no sólo es probable que en Italia haya más abortos que en Dinamarca, sino también que vayan en aumento.

b) Se constata una constante disminución, a partir de 1982, del recurso al aborto (la disminución es más alta en el norte respecto al centro y al sur).

e) El recurso al aborto clandestino se estima en constante inflexión (-43 por ciento respecto a 1993). Casos de muertes por aborto clandestino siguen apareciendo en los periódicos.

d) El médico de confianza es quien expide normalmente el certificado necesario para abortar (47,3 por ciento). Se acude al consultorio en el 22 por ciento de los casos (más en Emilia Romagna, Lombardia, Lazio y Umbria). No existe una relación entre este dato y el número de consultorios en el territorio. En definitiva, cuando se puede, se prefiere gestionar el asunto lo más privadamente posible. Se puede también pensar que se acude al consultorio cuando se sabe o se tiene motivos para suponer que sus miembros no serán censores, que no opondrán resistencia, o no creerán estar en el deber de ofrecer consejos no pedidos. De esto me ocuparé más adelante.

e) Las menores (que sólo son el 2,5 por ciento de las mujeres que han abortado en 1992) obtienen el consentimiento de los padres en el 62,4 por ciento de los casos, el del juez tutelar en el 36,5 por ciento de los casos, mientras que suman un 24 por ciento las que han abortado sin consentimiento alguno, gracias a la norma que prevé esta posibilidad en caso de «urgencia».

f) El 99,1 por ciento de los abortos se produce en la duodécima semana. El aborto tardío es realmente un caso excepcional y, se supone, debido a circunstancias bastante graves.

El 87 por ciento de los abortos se produce en los hospitales públicos (frente a las clínicas privadas autorizadas).

g) En el 79 por ciento de los casos el tiempo de espera es inferior a los 14 días, pero se espera también tres semanas en el 15 por ciento o bien un mes en el 5 por ciento. ¿No será por esta razón, para abreviar los tiempos, que se acude al propio médico antes que al consultorio?

h) Los abortos por aspiración, en particular con el método Karman (50 por ciento; el porcentaje es más bajo en el sur) han aumentado constantemente, a partir de 1983, hasta constituir en 1992 el 89 por ciento. Lo que comporta una disminución de la duración de la estancia en el hospital: en 1992, el 74 por ciento de las mujeres estuvo en hospital menos de un día.

i) Son objetores el 60,4 por ciento de los ginecólogos, el 60 por ciento de los anestelistas y el 45,7 por ciento del personal no médico. Los porcentajes más altos de ginecólogos objetores se encuentran en Bolzano, en Puglia, Basilicata, Veneto, Abruzzo, Molise, Calabria. Los más bajos en el Val d'Aosta y en Emilia Romagna.

El informe se extiende en una «valoración global», como dispone la ley. Y en ella se nos informa de que, aunque hayan disminuido, los abortos (150.000 los oficialmente registrados) están lejos desgraciadamente de constituir una situación excepcional, y que el aborto es un fenómeno aún más preocupante si se considera «la fuerte caída de la natalidad». Además, los datos sobre las interrupciones del embarazo legales se dan, no sólo, a falta de estimaciones sobre abortos clandestinos. Hay algo peor, «[...] es motivo de preocupación la probable difusión de métodos impropriadamente llamados contraceptivos, que en realidad no impiden la fecundación del óvulo y que por ello no están catalogados en el campo de la contracepción. Con denominaciones varias (“píldora del día después”, “contragestación”, “limpieza menstrual”) estos métodos se usan tras una relación sin protección, omitiendo verificar el embarazo. Escapan por ello a cualquier control, violan la ley 194, cuyo artículo 1 no distingue entre tutela de la vida antes y después de la implantación y pueden aumentar de modo no verificable la cantidad de abortos clandestinos». Parece clara que la preocupación no es tanto por la suerte del óvulo fecundado (cuya existencia

es incierta también para la mujer que hace uso de estas técnicas), ni menos aún por la salud de las mujeres que podría verse amenazada por estas técnicas, sino porque, justamente, estas prácticas escapan a cualquier control. Cualquier mujer las puede usar, sin pedirlo a los médicos, sin someterse a exámenes y coloquios, sin hacerse pasar por loca. y sobre todo las puede usar sin que nadie se encargue de hacerla sentir culpable, sin dramas particulares inducidos desde el exterior, sin particulares sufrimientos psicológicos¹³. El ministro parece preferir, según su «valoración global», en definitiva un aborto tardío, antes que todos los efectos contrarios, que aquellos métodos comportan (la observación, de nuevo es de Conti, 1981). El debate respecto a la introducción en Italia de la píldora abortiva RU486 resulta por otra parte muy instructivo a este propósito. Lo que parece molestar más es precisamente la posibilidad de autogestión del aborto por parte de cada una, la posibilidad de escapar a los controles, a un iter burocrático y (no demasiado) vagamente punitivo. Que la ley 194 se entienda como un instrumento de control sobre las mujeres, antes que como un instrumento para favorecer su vida, parece evidente.

La reducción de los abortos, prosigue el informe, tiene como causa probable la contracepción: «No obstante, no se pueden excluir otras causas, entre las cuales el ausplicable crecimiento del sentido de responsabilidad hacia la vida naciente reconocida ampliamente como merecedora de respeto en paridad con cualquier otra», de donde se puede deducir al menos tres Cosas: que la contracepción no es finalmente tan fundamental (el Papa de facto la equipara al aborto); que los abortos se deben a la irresponsabilidad femenina; que la vida naciente debe ser, pero por desgracia todavía no lo es, respetada como cualquier otra (extraña locución, vida naciente: se aplica tanto a los óvulos que mensualmente se expulsan con la menstruación como a los espermatozoides que son expulsados diariamente. ¿O no son éstos también vida?). El problema como se ve es el aborto, no el aborto clandestino. La ley no consigue hacerlo desaparecer. Se olvida el objetivo de la ley que no era eliminar el aborto sino evitar las consecuencias del aborto clandestino. Como la ley Merlin, promulgada con el objetivo de eliminar la reglamentación es-

13 Una decisión rápida, antes incluso de que se sepa efectivamente si se ha concebido, previene más fácilmente de esa construcción de un «lugar simbólico» (Zamboni, 1995) donde el niño es acogido custodiado por la madre durante el embarazo y cuya negación hace del aborto un drama y una derrota personal.

tatal de la prostitución, y más tarde criticada por no haber eliminado la prostitución, o la ley 685 sobre el uso de sustancias estupefacientes, dirigida a golpear el tráfico y disminuir las consecuencias de la ilegalidad para los toxicodependientes, acusada de no haber eliminado la toxicodependencia.

Me detengo especialmente en el comentario de este informe porque en él se condensan todos los lugares comunes dominantes en el debate actual sobre el aborto, muchos de los cuales los encontramos de nuevo como argumentos para la reforma de la ley 194 o como elementos para indicar la dirección de esa reforma.

A este propósito, resulta esclarecedor el siguiente párrafo:

[...] la demanda más urgente tiene que ver con los consultorios. Desde muchas partes se ha subrayado su insuficiente función preventiva. Es evidente que la ley quiso confiar en ellos el deber de prevenir el aborto. Es un dato de hecho que éstos intervienen en una medida insuficiente en esta dirección. Un replanteamiento es, por tanto, urgente y necesario. Pero se requiere previamente una decisión clara en orden a su función. Se trata, esto es, de decidir si el consultorio debe constituir la estructura con la que el Estado, ofreciendo cualquier posible apoyo a los embarazos difíciles o no deseados, expresa preferencia por el nacimiento [...] o bien un instrumento de mero sostenimiento de la elección de la mujer sea la que sea.

Idea reafirmada más adelante, cuando, comentando positivamente la disminución de las «reincidentes», se dice, sin embargo, que el deber más evidente de la ley sigue siendo el de eliminarlas del todo; «a través de la indicación de los valores en juego y de los instrumentos adecuados para tutelarlos se debe subrayar la centralidad del “coloquio” en la estrategia de la prevención». Resulta evidente la preferencia del ministro por un consultorio que controle y disuada, elección que encontraremos totalmente concordante con algunas propuestas de ley que analizaré más adelante¹⁴. Cabe apuntar que el propio informe señala

¹⁴ Todas ellas demuestran precisamente que lo que interesa es convertir en *derecho* un principio moral: de hecho, los abortos en Contacto con las relaciones oficiales disminuyen constantemente. ¿Qué es lo que se pretende entonces? Se quiere que se diga por ley que el óvulo fecundado es «persona», y que el aborto es ilegal en cuanto que es inmoral. Así se contradice radicalmente el principio que está en la base del *Derecho* moderno, o sea la separación entre Derecho y moral.

dos cosas; que para la certificación se opta por dirigirse preferiblemente al médico de confianza antes que al consultorio, y que esto no depende de la mayor o menor presencia de los consultorios en la región (sobre este argumento véase también Grandolfo, 1989). Coherentemente, como veremos, algunas propuestas de ley introducen como obligación el deber de dirigirse al consultorio o estructura similar, cifrando en ello la «prevención»¹⁵.

III. De víctimas a verdugos

En los últimos diez años el debate en torno al aborto, como ya he apuntado, se ha visto modificado sensiblemente. Preocupaciones «éticas» Ocupan el lugar de preocupaciones «sociales». Esta sustitución, por otra parte implícita en la vacilación entre considerar el aborto como un problema social o considerar que el problema deriva de las consecuencias de su ilegalidad, está detrás, entre otras cosas, del declive de la construcción de las mujeres como «sujetos débiles», necesitados de tutela. Los nuevos sujetos débiles, las nuevas víctimas, son los «padres» y los fetos.

El cuadro de sangre, muerte e ignorancia que todavía en los años setenta se evocaba para pedir la legalización —mujeres que morían en manos de parteras, mujeres ignorantes de la contracepción, mujeres oprimidas por embarazos impuestos, mujeres faltas de recursos económicos para cuidar a los hijos, mujeres sometidas, marginadas, débiles y/o incapaces de organizarse, autogestionarse— ha cedido el sitio a un escenario totalmente distinto. En este escenario, las mujeres se mueven como arrogantes protagonistas. No contentas con la ya alcanzada paridad con los varones, se dirigen hacia una autorrealización donde sacrifican afectos, vínculos familiares, hijos. Tales mujeres deciden, por sí mismas, pero también por el varón. Son sumamente

15 «La insistencia con la que se ha descrito la ley 194 como ley de «prevención» del aborto revela una realidad psicológica de profunda condena del aborto por parte de los redactores y defensores de la ley. Esta realidad se encuentra en los eslóganes de propaganda del tipo «nosotros no defendemos el aborto, nosotros defendemos la ley», o bien en la posición a menudo sostenida de que «para nosotros el aborto es un *derecho* social pero no un *derecho* civil» o bien en los numerosísimos discursos sobre el aborto como «mal», como «drama», como «tragedia». Discursos que culpabilizan a la mujer dos veces: la primera porque aborta, la segunda porque lo hace sin dramatismo» (Conti, 1981: 44).

egoístas. Como dijo hace años Giuliano Amato, abortan porque quieren progresar, escribir libros. Evidentemente esta situación resulta inaceptable (sólo los varones pueden posponer familia e hijos a su profesión...) y, por otra parte, pone a los varones injustificadamente a merced de las mujeres. Si ya somos pares, entonces, ¿por qué la decisión de abortar debe ser en última instancia sólo de las mujeres? ¿Por qué los presuntos padres no deberían intervenir?¹⁶

La posición de los «padres», su nueva o reencontrada voz pública es un capítulo que deberíamos examinar seriamente, en cuanto a su relación con el aborto pero sobre todo por lo que se refiere a la disciplina jurídica de las relaciones familiares.

La decadencia de la hegemonía cultural de la construcción padre-dueño, del cabeza de familia con autoridad y poder, ha dado lugar a una configuración cultural que de la paridad parece deducir la implícita neutralización y desexualización de los padres. Padre y madre se convierten en «progenitores» (Fineman, 1995). Existe en esta nueva configuración algo paradójico: a la pérdida de las connotaciones simbólicas del padre se tiende a responder con el redescubrimiento y la acentuación del dato biológico (Smart, Sevenhuysen, 1989), el énfasis en el vínculo genético entre padre e hijos/as; simultáneamente se cuestiona el vínculo biológico entre madre e hijo/a que se produce a través de un proceso mucho más complejo psíquica y afectivamente, hasta el punto de permitir la desconstrucción de la «madre» en madre/progenitor, igual al padre. La paternidad, secularmente, ha sido cuestión social y jurídica, dependiente de una relación de sujeción de la madre al marido. Hoy se redescubre y reivindica el componente biológico. Sobre el mismo se fundan pretensiones frente a ese control de la reproducción que parece escaparse, que parece estar finalmente en manos de las mujeres.

La aparición de los «nuevos padres», los llamados «mamos» de la publicidad, de las películas, de las entrevistas periodísticas, pero también de agueridas asociaciones que les representan, pone de manifiesto en mi opinión

¹⁶ Precisamente sobre la base de los principios constitucionales que prescriben la igualdad entre los cónyuges (art. 29 y 30 de la Constitución italiana) se ha alzado la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley 194 (que subordina, al *consentimiento* de la mujer, la audiencia al presunto padre del concebido por parte de la estructura socio-sanitaria a la que la mujer se dirige). Pero el Tribunal ha declarado sin fundamentación esa cuestión (ordenanza n.º 389,31 de marzo de 1988).

no tanto o no sólo el intento de aproximación del rol paterno al tradicionalmente materno, cuanto una de las reacciones posibles a la decadencia del «padre» como potente construcción simbólica, en vistas a la recuperación del control sobre las mujeres y sobre el proceso reproductivo. Están en marcha, me parece, simultáneamente procesos en apariencia contradictorios aunque en realidad complementarios: la desexualización de la madre (que se convierte en «progenitor») se acompaña de una biologización del padre, la neutralización de los componentes simbólicos, psíquicos y afectivos de lo materno se acompaña de una reconstrucción de lo paterno en clave «materna».

Retomaré este discurso más adelante. En cualquier caso, es evidente que estos procesos marcan el debate sobre el aborto. Recientemente se ha dado publicidad a casos de potenciales «padres» que intentaban por todos los medios impedir a su pareja la interrupción del embarazo, apelando a la vez a sus «derechos» (en Sintonía con Amato) ya sus exigencias afectivas, a los propios deseos de «paternidad», considerada no ya como deseo de descendencia sino «maternamente», como deseo de relación, vínculo, cuidado.

Las otras víctimas de estas nuevas mujeres potentes y arrogantes son, naturalmente, los fetos. Es precisamente a través de su construcción como víctimas potenciales que se intenta elevar su estatuto jurídico al de personas. Por otra parte, una cruzada simbólica que reivindica derechos para los niños como víctimas de los adultos, de los progenitores, y en primer lugar de la madre, ya ha mostrado el camino. La antigua alianza mujeres-niños, en cuanto sujetos débiles del núcleo familiar, expuestos al arbitrio y a la violencia del compañeropadre, parece declinar en esta nueva configuración cultural, en la que la libertad femenina aparece enfrentada a los «derechos» de los niños, y estos últimos, configurados como sujetos independientes y autónomos, víctimas potenciales de los padres. No pongo en duda la necesidad de tutelar a los niños incluso, si es necesario, en contra de los progenitores. Lo que me parece relevante es que esta necesidad de tutela venga reivindicada a través de una reconstrucción adversarial de las relaciones entre adultos y niños, haciendo abstracción del contexto y de las relaciones (véase sobre este punto Pitch, 1989).

Según nuestro código civil, la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento. No obstante, ya la ley 194, como he apuntado, declara que el Estado tutela la vida humana desde su inicio, y obliga a los médicos, en caso de aborto terapéutico tras las primeras noventa semanas, cuando el feto tenga

esperanza de vida autónoma, a hacer todo lo que esté en sus manos para asegurar su supervivencia. Gracias al progreso de la tecnología, esta esperanza de vida autónoma, fuera del cuerpo de la madre, se da cada vez antes respecto al proceso normal de gestación.

La connotación prevalentemente «ética» del actual debate público sobre el aborto, respecto a un pasado en el que dominaba su tratamiento en términos de problema social, es por tanto la consecuencia de diversos procesos culturales, científicos y tecnológicos. En el proceso que va de considerar a las mujeres sujetos débiles a considerarlas sujetos fuertes juega también, además de un objetivo reforzamiento de la posición femenina, al menos en términos de disponibilidad de recursos culturales, la penetración en el sentir común de modelos femeninos «vencedores» a los que no es ajena la cultura política feminista más reciente que ha abandonado el paradigma de la opresión por el de la diferencia sexual. Dice Dominijanni (1993: 37) a este propósito que «...la misoginia de hoy, sobre el aborto como sobre otros temas, nace del fantasma de la autoridad que hemos ganado, y que los varones y la sociedad entera no saben reconocer y por ello se oponen exageradamente. Desproporcionada reacción no a la reivindicación, sino al hecho de la libertad femenina». No obstante, concurren también otros factores: el fortalecimiento de modelos de reivindicación política fundados sobre los «derechos», que, aunque con diferentes resultados, también han abandonado el paradigma de la opresión para aproximarse a un paradigma de «victimización» (Pitch, 1989). Desarrollos científicos y tecnológicos desafían las concepciones tradicionales de vida y de muerte. Dice Fattorini (1989: 37):

El nivel alcanzado por las biotecnologías, señal de potencialidad infinita en la modificación de los límites de la vida y de la muerte; el umbral alcanzado por la degradación ambiental como signo de otras tantas potencialidades destructivas: dibujan un estado de emergencia. Una emergencia que crea siempre una mayor demanda ética, hasta el límite de dilatar contenidos y significados. Asistimos de hecho a un verdadero y propio abuso indiscriminado del «discurso moral», que se produce sin las debidas distinciones. En una alianza no casual, cultura laica y cultura católica traducen cuestiones políticas, jurídicas, psicológicas, sin mediación alguna en cuestiones «éticas». La total secularización de la política que atraviesa ambas culturas, al no desarrollarse ya sobre

el terreno de los principios o sobre el de una confrontación (enfrentamiento) entre los respectivos valores, termina por exigir vínculos externos, normas, «garantías éticas».

Parece necesario, entonces, mirar con atención y desconfianza la traducción de problemas sociales y políticos en cuestiones «éticas» (sobre las cuales, además, los laicos corren el riesgo de dejar el campo a las mucho más aguerridas –por fundacionistas y tendencialmente fundamentalistas– tesis de los creyentes): aunque la reflexión femenina no haya eludido nunca las cuestiones éticas. Al contrario, precisamente a partir del aborto y de las nuevas tecnologías reproductivas, la reflexión feminista ha desarrollado un rico y variado discurso ético, del que no encontramos más que un debilísimo eco en el debate público, y ninguna huella en las actuales tomas de posición de nuestro Comité de bioética (véase en cambio, para Italia, Mancian, 1989 Y 1989a; Zuffa, 1989; Boccia, 1990 y 1995; Fattorini, 1989). Antes que resumirlo y comentarlo, extraeré, arbitrariamente, algunas consideraciones respecto a la relación entre ética y derecho.

El punto crucial es la consideración de la relación entre mujer y embrión/feto. Esta relación, ya lo he apuntado, no se puede construir en términos de «propiedad» del embrión/feto por parte de la madre, ni en términos de relación entre dos sujetos «autónomos». Antes bien, se configura como relación simbiótica, en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación única, en la cual se es una y dos al mismo tiempo (y las intenciones de traducirla al lenguaje del derecho y de los derechos ponen de manifiesto precisamente los límites del derecho y de los derechos...). No existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra. Se viene al mundo gracias a una mujer, a su decisión de ponernos en el mundo, a su cuidado, a su deseo¹⁷. Se llega a ser «persona» a través de la mediación femenina: mediación necesaria, indispensable. Sólo a la madre se le puede confiar la tutela

17 Y, naturalmente, esto es verdad también en una época de reproducción asistida. En cuanto al futuro, no consigo imaginar qué tipo de «personas» vendrán al mundo trámite úteros artificiales (o abdómenes masculinos). Sabemos que los fetos no obtienen sólo nutrición fisiológica de las madres: sueñan con ellas, les acuna su voz.

del embrión. Es así, y, de hecho, siempre ha sido así. El desconocimiento de esta realidad, las prohibiciones, la regulación externa, no sólo no tutelan el embrión, no sólo desconocen la unicidad de esa experiencia, sino que niegan desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino negando a la capacidad generativa estatuto ético y moral.

El poder de generar, de dar vida, que es de cada mujer y del género femenino en cuanto tal, es un poder que implica «responsabilidad». Frente a un embrión/feto, en primer lugar, pero también frente al varón, frente a la sociedad y más todavía frente a la especie humana. Una responsabilidad que se configura bien como el cargar uno mismo con las consecuencias de las propias elecciones, bien como asunción de estas consecuencias en el proceso de elección (lo que Gilligan, 1987, ha analizado en su ya celebre investigación): o sea, capacidad y cuidado de las relaciones.

Cuando inicia la «vida», cuando se puede empezar a hablar de «persona» son, en este sentido, cuestiones pertinentes al discurso moral, pero no sin el reconocimiento previo de que están inextricablemente unidas a la responsabilidad y la capacidad femenina de generar.

En esta línea cabe entender el repetido rechazo de muchas mujeres, en Italia, hoy como ayer, a construir el aborto como un derecho de libertad (sobre esto volveré de nuevo). El lenguaje de los derechos parece reductivo, limitado, pobre, distorsionado. En dos sentidos. En primer lugar, porque no parece dar cuenta de lo que el poder de generar comporta efectivamente: no sólo una libertad personal, sino el ejercicio de una responsabilidad hacia los otros y las otras, hacia la comunidad, hacia la especie. En segundo lugar, porque no parece dar cuenta de la relación especial entre mujer y feto, reduciéndola a «propiedad» o a relación entre dos sujetos autónomos¹⁸.

Además, existe una dimensión «pública» en la cuestión del aborto que su tratamiento en términos de derecho de libertad parece obscurecer. Para el sentido común, también para la filosofía o el derecho, libertad personal evoca una inmunidad frente a las interferencias ajenas que remite a un ámbito de privacidad con referencia bien al momento de la decisión, bien al impacto

18 Putino (1995) aprecia además una distorsión «voluntarista», tal de identificar voluntad y deseo, y poner en este sentido entre paréntesis el contexto concreto de la decisión. Es lo que decía al principio, cuando ilustraba la aversión feminista a la construcción del aborto como «elección racional», basada sobre un cálculo costes-beneficios.

de las consecuencias de la decisión. Lo que he decidido hacer, en definitiva, no sólo me concierne a mí, sino que no tiene consecuencias más que para mí, y para quienes se mantiene próximos a mí. No es éste el sentido que muchas mujeres atribuyen al ejercicio de responsabilidad en la esfera de la procreación. Lo que yo, mujer, decido hacer en esta esfera no me concierne sólo a mí, ni tiene consecuencias sólo para mí y mis próximos. No obstante, o mejor, justamente por ello, se me debe reconocer la plenitud de esa responsabilidad, que yo en cualquier caso asumo y que, por otra parte, contribuye a producirla y reforzarla¹⁹.

El aborto muestra cómo la diferencia sexual y el conflicto entre los sexos atraviesa la dimensión pública, tal vez la funda²⁰. Que el control de la reproducción no se deje a las mujeres, que, al contrario, éste implique disciplina y sujeción de los cuerpos y de las mentes femeninas –incluso se podría explicar la disciplina y sujeción de las mujeres por el imperativo de asegurarse ese control– plantea una cuestión ética y política capital.

¿Quién es el competente para tomar decisiones sobre esta materia y por qué, y qué tipos de reglas son necesarias para decidir? Las dos tesis dominantes sustraen la decisión a la mujer y reenvían la regulación al derecho, una a través de la criminalización, la prohibición (cuasi) absoluta²¹, la otra a través de la regulación de un permiso bajo ciertas condiciones.

La primera tesis, defendida en nombre del principio moral de la defensa de la «vida», parece implicar que sólo la traducción en norma jurídica de este principio asegura su defensa: el derecho penal, en realidad, y explícitamente, se utiliza por su valencia simbólica (ya que, como bien es sabido, las mujeres siempre han abortado, incluso cuando el aborto se ha castigado duramente). El Estado, sostienen, debe reafirmar con fuerza el «valor de la vida». Puesto que todavía no existe consenso sobre el significado de «vida»,

19 Sobre este punto véase también Dworkin (1994).

20 Sobre cómo la polis y la metáfora del cuerpo político se basan en la exclusión del cuerpo femenino véase Cavarero (1995).

21 La transcripción en norma positiva de esta tesis nunca se propone en forma absoluta. Incluso aquellos que se batan para que al embrión se le reconozca el estatuto de «persona» se detienen, ante las consecuencias jurídicas de este reconocimiento, o sea, ante la construcción del aborto como homicidio en cualquier caso. Así, con bella y reveladora incoherencia desde el punto de vista de la argumentación moral se presentan «excepciones» en los casos de violación, peligro para la vida de la madre, gravísimas malformaciones fetales, etc.

sobre cuándo se pueda hablar, de «ser humano» (y la biología no nos lo puede decir), se pretende resolver la controversia ética confiando al derecho positivo la defensa de una moral particular. Aún más: utilizando la cuestión del aborto se lleva a cabo una batalla por traducir las elecciones éticas propias en normas jurídicas. Así, no sólo se contradice el principio constitutivo del moderno Estado de derecho, o sea, la separación entre *derecho* y moral, sino que se pone en evidencia como la «vida» y su «tutela» son cuestiones a menudo zarandeadas instrumentalmente. Ciertamente, las prohibiciones no han impedido abortar sino que han hecho más difícil y complicada la vida de las mujeres. Por tanto, la otra cara de estas tesis es precisamente la persistencia en el pertinaz desconocimiento del estatus de sujetos plenamente morales de las mujeres: tanto es así que no se les puede confiar la tutela de la «vida». Esta tutela debe ser simbólicamente confiada a las leyes del Estado –aun cuando sea conocida su ineficacia al respecto–. Lo que de hecho significa, abortad si queréis: pero sabed que no sólo sois «malas» (si bastase esto, no habría necesidad de una ley) sino que vais a arriesgar la piel y la libertad.

La segunda tesis, que traduce las elecciones políticas concretas de la mayor parte de los países occidentales, es en cierta medida todavía más incoherente. Se presenta de hecho como un «mal compromiso» (véase Jourdan, 1993), que lleva al Estado a la concesión de la autorización a las mujeres para decidir, cuando concurren ciertas condiciones. La ley, de nuevo, asume la función simbólica de reafirmar que se «tutela la vida», pero también aquella, igualmente simbólica, de construir a las mujeres como sujetos moralmente imperfectos, sobre los cuales es necesario mantener el control institucional. y es más, esta tesis se presta a las críticas de quien se indigna frente al Estado «abortista».

¿Qué interés general es el que hace que el Estado se movilice y se atribuya la regulación de la interrupción del embarazo? No es la «tutela de la vida» (del embrión), visto que, sometiéndose a ciertos procedimientos, se puede abortar. No es la tutela de la salud femenina, puesto que el procedimiento previsto no tiene manifiestamente este fin. Es, más bien, el control de la reproducción, al menos en el plano simbólico. Y, complementariamente, el control del potencial poder reproductivo femenino, de los cuerpos y de las mentes de las mujeres. Mujeres que se presentan como sujetos morales imperfectos, a los que no se les puede reconocer la plenitud de ese poder.

Por eso, me parece, que el desafío ético que hay que plantear es contemporáneamente el del reconocimiento de la dimensión pública del aborto voluntario, y el de la reivindicación de la competencia moral femenina para decidir, *por sí y por tanto por todos*, en el ámbito de la reproducción.

De modo que la discusión sobre la «autodeterminación» hacía referencia al principio femenino de responsabilidad en el ámbito procreativo. Se ha defendido la autodeterminación, (Mancina, 1989a; Zuffa, 1989; Boccia, 1990), como principio ético, antes incluso que jurídico y político, fundado sobre el reconocimiento de una subjetividad moral femenina basada en la relación, en la potencialidad de la experiencia de ser contemporáneamente una y dos, en una reapropiación del cuerpo sexuado y potencialmente fecundo.

La autodeterminación femenina por lo que respecta a la procreación tendría dos significados. Determinaría la plena individuación femenina, el acceso de las mujeres al estatuto pleno de individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio (un *señorío*, lo denomina Cavarero, 1992) sobre su propia potencia generativa –hasta ahora su negación, como ya he dicho, ha sido razón y justificación de la exclusión de las mujeres de la subjetividad no sólo jurídica sino también moral–. Sería además un principio de ética pública. Excluidas de la polis en tanto que destinadas al orden domestico (véase también Mancina, 1989b), su ingreso en la esfera pública no puede más que producirse a través de una reorganización de la esfera pública misma capaz de dar cuenta del cuerpo sexuado femenino, de su potencia generativa, bajo pena en caso contrario de asimilación a lo masculino: camino frecuentado a menudo, y siempre con un resultado fallido. Pero esta reorganización presupone como principio ordenador el primado y la responsabilidad femenina en la procreación, que se convierte así en un principio de ética pública: se les debe reconocer a las mujeres, singularmente y en cuanto género, la competencia moral de decidir en este ámbito, lo que comporta la plena asunción y atribución de responsabilidad frente a sí mismas, al embrión, al varón y a la entera colectividad.

Todo ello no significa en absoluto que el varón o la colectividad no tengan responsabilidad alguna. Ambos conservan la responsabilidad de contribuir a asegurar las condiciones para que la decisión se tome libre, en la medida de lo posible, de condicionamientos externos, y comparten con las mujeres la responsabilidad en la atención y cuidado de los niños que nacerán.

¿Qué tipo de regulación jurídica del aborto voluntario estaría en coherencia con el reconocimiento de un principio de responsabilidad femenina en el tema de la elección procreativa?

En línea de principio, una elección de simple despenalización sería coherente con ese principio de responsabilidad femenina. El aborto voluntario debería desaparecer del código penal. De este modo, por otra parte, se afirmaría la imparcialidad del Estado respecto a elecciones éticas divergentes (desaparecería el Estado «abortista») y la no violación del principio de autonomía recíproca entre ética y derecho. Pero despenalización ¿de qué?, o mejor, ¿hasta cuándo?

¿Hasta qué punto el aborto es un aborto y no, en cambio, un infanticidio? Desde el plano de la reflexión ética, una vez se ha aceptado el principio de responsabilidad femenina, se debería aceptar que sólo las mujeres, cada una considerada individualmente, pueden decidir. Aceptar esto significa de hecho reconocer que las mujeres en general, y cada una en particular, son, mientras que el feto forme parte de ellas, completamente responsables de las relaciones del feto con ellas mismas. Significa ofrecer a las mujeres confianza, considerar que éstas no elegirán caprichosamente o a la ligera, significa otorgarles el estatuto de sujetos morales sexuados.

El proceso de la vida es un proceso continuo: no es la ciencia quien puede decidir cuándo una vida humana empieza o menos aún qué debe entenderse por vida humana. Esta decisión es y no puede ser más que convencional. Se trata entonces de interrogarse sobre los principios que pueden sustentar un acuerdo, y sobre las formas de ese mismo acuerdo. El artículo 2 de la Constitución, alegado por el entonces presidente de la Comisión Baldassarre en apoyo a su tesis de revisión en sentido restrictivo de la ley 194, dice que «...la República reconoce Y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como particular, sea en la formaciones sociales donde desarrolla su personalidad». La cuestión, entonces, tiene que ver con la definición de «hombre»: definición que no puede ser más que convencional, puesto que la ciencia no tiene nada que decir sobre cuándo una cierta organización de células debe o puede ser considerada un «hombre»²². Un acuerdo respetuoso con los principios que

22. Tanto es así que en las diferentes legislaciones europeas este problema se ha regulado de manera diversa, algunas permiten el aborto libre dentro de los 180 días, otras dentro de los 90, como en Italia.

antes proponía podría establecer la obligación del médico de hacer que el feto capaz de vida autónoma, fuera del seno materno, sobreviva, y de cuidar de él, cualquiera que sea el momento en el que deje el seno materno. No obstante, el tema de la «capacidad de vida autónoma» es una cuestión discutible y precaria, porque no tiene tanto que ver con cierta característica intrínseca de los fetos cuanto con el grado de desarrollo alcanzado por los avances médicos y tecnológicos. Lo que quiero decir es que no puede funcionar como un estándar, respecto al que se puedan fijar límites de tiempo de licitud e ilicitud. Ciertamente, si se pone a las mujeres en condición de decidir a tiempo, serán muy pocos los casos en que este problema se planteará. y en estos casos, se deberá tener en cuenta las circunstancias que han impedido a las mujeres decidir antes. Entonces, podemos llegar a acuerdos sobre límites de tiempo, no sobre la base de cuándo una cierta forma de vida puede llamarse humana, sino sobre la base del tiempo que se considerará necesario para que una mujer decida.

Otro tipo de regulación podrá acompañar, entonces, a la despenalización. Ya ahora, como se ha visto, existe una amplia indisponibilidad de médicos y paramédicos a practicar abortos. Ni siquiera la liberalización de las intervenciones de interrupción del embarazo, es decir, la posibilidad de dirigirse también a estructuras privadas, obviaría del todo este problema. El derecho de las mujeres a la salud, física y psíquica impone si no a un particular médico, sí a la estructura pública presente en el territorio la seguridad de ese servicio. Sólo, sin embargo, a través de una reglamentación precisa, aunque moderada, se puede evitar la decisión por parte de los miembros de la clase médica, por ejemplo, de dotarse de un código deontológico tal que vacíe de hecho el principio de autodeterminación femenina. La cuestión de los límites de tiempo, que sobre el plano de la reflexión éticofilosófica se puede resolver con la asunción femenina de toda la responsabilidad (y que conlleva la confianza, por tanto, en las mujeres como sujetos morales cuyas elecciones, *by and large*, no serán caprichosas)²³ se repropone en el plano jurídico, para disminuir la dis-

23 ¿O es que alguna mujer puesta en condiciones de decidir a tiempo afrontaría un aborto tardío, o sea, un auténtico parto? «En su conjunto existen tales rémoras naturales y culturales ante el aborto tardío, y por otra parte la demanda tardía está motivada en patologías tales, que obstaculizar el aborto tardío con medios jurídicos, basados sobre la hipotética desaparición de las capacidades de autodiagnóstico de la mujer en el nonagésimo día del embarazo, constituye una crueldad inútil y absurda» (Conti, 1981: 81-82).

crecionalidad del trabajador sanitario y de los colegios profesionales de personal sanitario, que, entre otras cosas, podrían oponerse a ciertas intervenciones justamente también en nombre de la obligación de proteger el derecho de las mujeres a la salud física y psíquica.

Total despenalización, por tanto, junto con una regulación lo más flexible posible, que pondere intereses diversos: el principio de autodeterminación, la tutela de la salud de la mujer, y no en último lugar el derecho a la vida del feto que tenga concretas posibilidades de vida autónoma.

No obstante, de la idea de que las elecciones sobre la procreación son al mismo tiempo competencia (individual) de las mujeres y cuestiones de interés público se pueden extraer otras consecuencias jurídicas. En parte ya las he indicado en el capítulo precedente. Retomaré, en breve, la discusión, como introducción al próximo capítulo. Antes, sin embargo, querría detenerme en una cuestión planteada por el entonces presidente del Tribunal Constitucional Baldassarre, quien ha sostenido la pérdida de la conciencia colectiva sobre los principios inspiradores de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Roe vs. Wade*, 1973) que de hecho liberalizaba el aborto, principios, que según Baldassarre, son propios de la cultura de los años sesenta y setenta y que inspirarían de hecho todas las legislaciones de aquellos años incluida la nuestra.

IV. *Roe vs. Wade*: el significado de *privacy*

Concretamente Baldassarre afirma que la citada sentencia se basa en la idea de que sólo es vida humana la vida de relación, la vida capaz de establecer relaciones sociales. Idea corriente en aquellos años, no hoy en día. Según Baldassarre en definitiva, la posibilidad de abortar, que él no discute, tendría que construirse como un derecho de libertad.

Pero ¿es cierta esa afirmación? Por el momento podemos excluir que nuestra ley se inspirara en aquel tipo de interpretación: ni en su estructura y ni en el lenguaje (ni en su vertiente práctica), como he intentado demostrar, la ley 194 configura el aborto como un derecho de libertad.

Quisiera, sin embargo, dar cuenta de la lectura que de la sentencia americana propone la politóloga americana Jean Cohen. Esto me permitirá, por

un lado, referirme brevemente al rico debate americano, por otro, retomar la cuestión en el marco de las discusiones italianas actuales, que se han trasladado de la legislación ordinaria al plano constitucional.

En la sentencia *Roe vs. Wade* la Corte Suprema establece en resumen que los Estados no pueden por vía legislativa prohibirle a una mujer abortar, porque se violaría su derecho a la *privacy*. El problema es, por tanto, averiguar qué es lo que se entiende por derecho a la *privacy*. Respecto a la interpretación de Baldassarre, el problema parece ser el de determinar si la construcción del aborto como un derecho de libertad se funda, en *Roe*, en la «convicción de que sólo es posible hablar de vida en relación a la vida social». Es decir, parece afirmar Baldassarre, que es posible ver el aborto como un derecho de libertad sólo si se entiende la «vida» (supongo, la vida humana) como la capacidad para establecer relaciones sociales.

Sin embargo, no parece éste el razonamiento de la sentencia *Roe*. En cualquier caso, es necesario concretar qué es lo que se entiende por *privacy*. Cohen (1994) empieza analizando críticamente dos posiciones que, desde puntos de vista diversos, atacan tanto la idea de la existencia de un derecho constitucional a la *privacy* como más específicamente la idea de que la decisión de una mujer de seguir adelante con un embarazo o no entre dentro de este derecho.

Comparten la primera de estas posiciones muchas juristas feministas, que consideran que el control femenino sobre la procreación se tutelaría mejor a través del recurso a la decimocuarta enmienda, o sea, al principio de igualdad, (véase, por ejemplo, McKinnon, 1987, Olsen, 1991, Sunstein, 1992). El concepto jurídico de *privacy*, según estas críticas, se basa sobre una distinción ideológica entre público y privado, donde lo privado, construido como esfera de no interferencia estatal, toma la configuración de una esfera casi natural: lo que significa que esta concepción está al servicio de dejar esa esfera al arbitrio del más fuerte, a la violencia doméstica, a la violación dentro del matrimonio, etc. Es verdad que la Corte Suprema en este y otros casos ha interpretado el derecho a la *privacy* como derecho individual y no como derecho de «una entidad» (por ejemplo, la familia), pero afirman estas críticas que puesto que las mujeres no están en una posición de igualdad sustancial con respecto a los varones en cuanto a la sexualidad, a los recursos económicos, etc., darles derechos en el ámbito reproductivo legitimándolos a través

de la *privacy* no sirve para nada, porque se hace abstracción de las condiciones sociales en cuyo seno tiene lugar la reproducción y el cuidado del niño. Por el contrario, argumentar a favor de la libertad de abortar en términos de igualdad pondría de relieve en primer lugar que las prohibiciones en este campo son injustas porque discriminan entre mujeres y varones. Cohen, aun estando de acuerdo con muchas de estas argumentaciones, considera, no obstante, que la apelación a la igualdad no puede sustituir del todo la apelación a la *privacy*: si, de hecho, viviéramos en un mundo de igualdad entre sexos, sin jerarquías sexuales, con buenas políticas sociales capaces de asegurar sostén y soporte al trabajo del cuidado de los niños, tal vez entonces, se pregunta Cohen (1994: 58), las mujeres ya no deberían tener el derecho de interrumpir un embarazo no deseado, ya no deberían tener autonomía decisional en este ámbito? «En el mundo de la igualdad sexual, ¿quién decide?, ¿deberían las mujeres revelar sus razones personales para abortar en un mundo tal?»

No es difícil advertir una fuerte analogía entre estas posiciones y aquellas de buena parte de la izquierda italiana, cuando se concibe la decisión de abortar como resultado de condiciones sociales y culturales que deben ser corregidas. No está en discusión que estas condiciones deban ser radicalmente transformadas: pero no es en su nombre que se defiende la autodeterminación femenina. Bajo el peligro, como apuntaba, de que se niegue esta facultad en la medida en que se piense que esas condiciones ya no subsisten²⁴. El núcleo de la argumentación de Cohen, de hecho descansa sobre una interpretación de la *privacy* como un principio que afirma que «cada uno, individualmente, con independencia del estatus familiar, es titular de derechos constitucionales que protegen su autonomía personal, la inviolabilidad de su personalidad y su identidad (que comprende la integridad corporal) como algo propio». Esta interpretación, según Cohen, es precisamente la adoptada en la sentencia *Roe vs. Wade*, y en otros pronunciamientos constitucionales que la preceden y la siguen²⁵. De ésta se deriva,

24 En un convenio reciente el jurista y ex presidente del Tribunal Constitucional Aldo Corasaniti sostenía justamente que las mujeres debían tener ciertamente la última palabra, pero después de motivar públicamente su decisión («El poder de engendrar y los límites de la ley», Roma, 18 de mayo de 1995).

25 En una sentencia de 1986 el juez Blackmun escribe: «Protejamos esos *derechos* [...]. Protejamos la decisión de tener o no tener un hijo porque la paternidad altera en modo dramático la autodefinición del individuo» (cit. en Cohen, 1994: 68).

por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad de las normas que precén el consentimiento del padre del concebido.

Privacy, por tanto, como derecho a la autonomía y a la integridad personal y corporal: algo que no puede demorarse en espera de un cambio a mejor de la situación social y económica o de la conquista de la paridad incluso Sustancial entre sexos. Esta concepción de la *privacy* no refuerza, sino que al contrario subvierte las concepciones tradicionales de la *privacy* familiar, ya que confiere derechos a las mujeres en cuanto individuos, no en cuanto miembros de la familia.

El segundo tipo de posiciones críticas frente a la doctrina de la *privacy* proviene, dice Cohen, de los filósofos neocomunitaristas, con una doble argumentación. En primer lugar, según los comunitaristas, la decisión de la Corte no puede considerarse en este caso neutral frente a las distintas valoraciones existentes en la sociedad sobre lo que es correcto en este ámbito²⁶. El Tribunal, al considerar que la decisión de abortar es individual y privada, sostiene una posición precisa, y no compartida por todos, sobre el valor de la vida y sobre cuándo ésta inicia.

Baldassarre sostiene prácticamente lo mismo, a pesar de que no es ésta la razón por la que critica la sentencia. Para los comunitaristas, de hecho, el problema es que estamos frente a una evidente violación de la idea liberal de neutralidad del derecho respecto a las diferentes concepciones del bien. Para Baldassarre, el problema es que ya no se puede compartir –mejor, hoy ya no se comparte– precisamente esa concepción del bien²⁷.

La sentencia Roe, después de hacer un amplio reconocimiento de lo que se piensa al respecto en la tradición jurídica y cultural americana y occidental en general, concluye afirmando que no existe consentimiento, que «el no nacido nunca ha sido reconocido jurídicamente como persona» y que «no tenemos necesidad de resolver la difícil cuestión de cuándo la vida inicia. Cuando los médicos, los

26 Véase también Ferrara (1992). Para Michael Sandel esta decisión del Tribunal es precisamente el ejemplo típico a través del que se desvela el mito de la ideología liberal, que se quiere neutral respecto a diversas concepciones Sustantivas del bien, allí donde en cambio implícitamente adopta una.

27 Existen notables similitudes, no obstante, entre la posición de Baldassarre u otros constitucionalistas que, como él, ven la Constitución como conjunto de valores cuya interpretación debe cambiar cuando cambia en la «sociedad», y la posición de estos filósofos comunitaristas americanos, para quienes el «bien» debe prevalecer sobre lo «justo» y el bien coincide con los valores compartidos (dominantes) de una comunidad.

filósofos y los teólogos no consiguen encontrar un acuerdo [...] la magistratura no está en situación de especular sobre la respuesta». «El derecho ha sido hasta ahora contrario a adoptar cualquier teoría de que la vida, como la reconocemos, empiece antes del nacimiento, o de atribuir derechos positivos al no nacido... » Desde este punto de vista, el Tribunal no se encuentra en situación de decidir si dos *derechos* igualmente garantizados se encuentran enfrentados y cuál debe prevalecer, sino más bien si los derechos individuales pueden ser violados por una mayoría legislativa²⁸. Lo que está en juego en esta sentencia no es por tanto una cierta concepción sustancial del bien –por ejemplo, que no existe vida fuera de la vida de relación–, sino quién debe decidir sobre esta definición sustancial, la mujer como individuo o cierta «comunidad», Estado o asamblea parlamentaria. ¿Quién debe decidir sobre el «valor de la vida»?

La respuesta comunitaria es, claramente, la «comunidad». Sin embargo, dice Cohen (1994: 83):

Cuando están en juego derechos constitucionales fundamentales, éstos deberían ser tutelados Contra las alteraciones que una mayoría del 51 por ciento de una legislatura puede realizar bajo la presión de la voluntad popular, de intereses fácticos, de minorías fuertes o del deseo de los diputados de ser reelegidos.

Según Cohen, por tanto, esta materia no puede o no debe ser regulada por ley, ya que en la misma están en juego derechos fundamentales. Y estos derechos fundamentales, comprendidos en eso que la Corte ha llamado *privacy*, son la libertad, la posibilidad de decidir sobre el propio cuerpo, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la personalidad, la integridad corporal.

Cohen responde también a los comunitaristas cuando sostienen que esta concepción de *privacy* comporta una idea de la autonomía como dato *a priori*, propiedad de un individuo abstracto y carente de vínculos. En su opi-

28 En este sentido, el Tribunal naturalmente no es neutral respecto a todos los valores. Del mismo modo no lo es ninguna democracia en un Estado de *derecho* constitucional, ya que está vinculada al respeto a los derechos fundamentales, que funcionan, diría Ferrajoli (1989) como principios de «deslegitimación interna»: normas inferiores y praxis son susceptibles de ser declaradas inválidas si no son coherentes con las normas constitucionales. Éstas, a su vez, incorporan principios políticos y morales «externos» al derecho. Véase también Zagrebelsky (1993) y Habermas (1992).

nión esta crítica y aquella que interpreta la *privacy* como derivada del y en conexión inextricable con el derecho de propiedad no dan en el blanco:

El significado jurídico de los derechos constitucionalmente protegidos en la *privacy* respecto a cuestiones personales es que tales derechos *confieren* autonomía decisional al individuo, y por tanto reconocen su estatuto de sujetos en ciertas esferas. Éstos no *presuponen* individuos autónomos o una particular idea del ser.

Respecto al nexo entre *privacy* y derecho de propiedad, éste ha sido muy estrecho, según Cohen, en la jurisprudencia constitucional americana hasta los años treinta, pero ha ido disolviéndose desde entonces²⁹.

En cualquier caso, lo que más nos interesa son las argumentaciones de Cohen no sólo a favor de la autodeterminación sobre la base de un derecho a la *privacy*, sino también en favor de una solución del problema sobre la base de la defensa de principios constitucionales antes que a través de las leyes.

Privacy, por tanto, según Cohen, no significa sólo, genéricamente, libertad, no sólo tiene que ver con una obligación del Estado de no hacer «*the right to be left afane*»). O dicho de otra manera, según Cohen, la doctrina de la *privacy* a la que alude la Corte Suprema en su sentencia considera explícitamente la tutela de la autonomía decisional femenina' en este ámbito como instrumental en relación con el respeto y la tutela de la propia identidad personal, con la propia facultad de ser lo que se quiere ser, con el reconocimiento de la autonomía moral³⁰. Es necesario según Cohen (1994: 114), interpretar el derecho a la *privacy* reconocido a las mujeres en lo que respecta a la procreación a partir de una noción de ser como ser concreto, corpóreo, sexuado.

29 No puedo entrar aquí en este problema. Véase en cambio Ferrajoli (1989, parte V), para un análisis crítico de la noción de *derecho* subjetivo y la distinción entre *derechos* fundamentales y situaciones jurídicas, entre las que se encuentra el *derecho* de propiedad.

30 Véase al respecto también Dworkin (1994) cuando a la pregunta de si debe ser la «comunidad» o la mujer embarazada quien decida cuándo se viola el valor vida, responde que al menos en parte depende del objetivo que se quiere alcanzar: si es el de inducir un sentido de responsabilidad moral o el de conseguir el acuerdo con el punto de vista de una mayoría. Si el objetivo es el de la responsabilidad moral, entonces la solución más adecuada es reconocer a la mujer que es suya la decisión de resolver dilemas morales que le afectan directamente.

Somos nuestros cuerpos, no los poseemos. Nuestros cuerpos, nuestra interpretación de nuestros cuerpos, nuestro sentido de control sobre nuestros cuerpos son centrales en relación a nuestra dignidad e identidad personal:

Forzar a una mujer a soportar un embarazo no querido es forzarla a una identidad por encima de ella misma, la identidad de mujer embarazada y madre. Su integridad corporal en sentido tanto físico como emocional es lo que está en juego en las leyes que criminalizan el aborto [...]. No porque las mujeres se identifiquen con sus úteros o porque sean propietarias de fetos, sino porque la experiencia del embarazo constituye un cambio fundamental en su sentir físico, emocional y simbólico y, por tanto, en su identidad y en la conciencia de sí mismas.

Quisiera detenerme sobre dos cuestiones, que surgen tanto de la sentencia americana como de la lectura que de la misma hace Cohen, en relación con algunas posiciones que recientemente se han manifestado en Italia sobre la constitucionalidad del aborto. Y ello porque, si bien la opción de política del derecho a la que llega Cohen es la misma –despenalización– a la que llega parte de la reflexión feminista italiana, el itinerario es en cambio distinto, y análogo al de algunos juristas (varones).

La primera cuestión tiene que ver con el problema, puesto de manifiesto por los comunitaristas, de la no neutralidad del derecho respecto a las elecciones sustantivas acerca del bien. Como he sostenido, los neocomunitaristas utilizan la sentencia Roe para denunciar la imposibilidad de un derecho imparcial, ya la vez reclamar la asunción explícita de un punto de vista. Contraviniendo así el principio liberal de la separación entre derecho y moral.

A este principio se acoge en cambio Ferrajoli (1995) cuando argumenta en favor de la inconstitucionalidad de cualquier tipo de prohibición en el tema del aborto, sosteniendo que las prohibiciones están motivadas sobre la base de una particular idea moral que identifica el nacimiento del individuo con la concepción. Pero puesto que lo que constituye, para el derecho “persona», es, y no puede ser más que, fruto de una convención, esta argumentación me parece débil: no porque, hoy, sobre la base de la convención existente no se pueda motivar la inconstitucionalidad de prohibiciones, sino porque nada puede hacernos pensar que las convenciones no pueden cambiar

mañana. Ferrajoli no obstante, defiende la inconstitucionalidad de las prohibiciones también y sobre todo, con otra motivación, bastante cercana a la de Cohen: el derecho penal puede prohibir una acción, no imponerla. La prohibición del aborto implica la imposición a una mujer de tener un hijo, la constricción a una vida que ella no ha elegido. Desde este punto de vista, se puede en cambio argumentar a favor de la constitucionalidad del aborto basado en el artículo 13 de la Constitución, que tutela la libertad personal. No obstante, supongamos que se establezca convencionalmente que se es «persona» desde la concepción. Las técnicas de reproducción asistida permiten ya hoy implantar el embrión de una mujer en el útero de otra: la prohibición del aborto no se configuraría ya como imposición de una acción, puesto que se trataría «sólo», en vez de practicar un aborto, de extraer un embrión para donarlo a otra mujer. Elección en cierto modo obligada, si estuviese en juego el derecho a la vida de una «persona». Por tanto, también esta argumentación me parece débil³¹.

La segunda cuestión tiene que ver con los derechos, su lenguaje, su lógica. Sostiene Cohen que no hay nada en este lenguaje y en esta lógica que obligue a asumir un sujeto abstracto, carente de vínculos. Muy al contrario, que el derecho a la *privacy* comprenda el derecho al aborto ofrece una nueva interpretación de este derecho ahora atribuido a un sujeto encarnado, corpóreo, sexuado. Análogamente, con referencia a nuestra Constitución, podremos interpretar la elección de procrear como facultad incluida en el derecho a la libertad personal, y así cambiaremos el significado de este derecho y del sujeto titular.

Creo que es importante poner en evidencia tanto la constitucionalidad del aborto, como, sobre todo, la naturaleza de *signos* de las normas, cuyo significado cambia según el cambio social y en virtud de los conflictos políticos y culturales. En cualquier caso, así ha sido históricamente: la titularidad de los derechos se ha ido progresivamente extendiendo a franjas siempre más anchas de población, y en este proceso los derechos mismos han sufrido continuos procesos de redefinición y reinterpretación. No obstante, si no estoy segura de que la extensión de los derechos *all the way down*, y sobre todo en

31 Había apenas escrito estas líneas cuando apareció en la prensa una propuesta en este sentido del ginecólogo (abortista) Carlo Flamigni.

esferas donde están en juego relaciones fuertes, reciprocidad, interdependencia, sea productiva y esté carente de riesgos, ni de que no existan límites intrínsecos al lenguaje de los derechos que obstaculicen una reinterpretación de los sujetos a los que se les atribuyen (sobre todo esto volveré en el último capítulo), siento una gran perplejidad frente al razonamiento de Cohen (y de Ferrajoli) por otros dos motivos.

El primero es un motivo de carácter estratégico (ya lo he apuntado). El llamamiento a los derechos, o mejor, a la construcción del aborto, si no como un derecho en sí mismo, como comprendido en el derecho a la libertad personal, introduce inevitablemente una lógica adversarial en la que se oponen derechos a derechos, sujetos titulares de derechos a otros sujetos titulares de derechos. Me parece que, al menos en la estado actual, y sobre todo en el contexto político y cultural italiano, esta construcción correría el riesgo de producir una simplificación, y no un enriquecimiento interpretativo. El proceso de subjetivación del feto, desde el análisis del que he partido, utiliza precisamente el lenguaje y la lógica de los derechos, y así está sucediendo respecto de los «padres». El poner entre paréntesis las relaciones, en primer lugar entre la madre y el feto, y por tanto la persistente exclusión del cuerpo sexuado de! lenguaje jurídico, en virtud hoy de la reivindicación de los «derechos», me parece que indica una resistencia fuerte de este lenguaje a una reinterpretación en la clave propuesta por Cohen (y Ferrajoli) y, lo que es más, su uso político dirigido precisamente a la construcción en sentido antagónico del escenario de la procreación.

El segundo motivo es explícitamente político. Tiene que ver con el permanecer próximos al sentido de la experiencia del aborto así como se ha vivido, se vive y se ha reflejado en la mujeres. Abortamos no en virtud de un derecho que nos ha sido concedido o que hemos conquistado, sino en virtud de un poder generativo que nos compete, a pesar de no ser reconocido por el derecho. Este poder, como decía, es fuente de responsabilidad. Para que esta responsabilidad sea reconocida y se le otorgue valor, se requiere la desaparición de las prohibiciones y de las regulaciones. Nos puede bastar, apuntaba Boccia (1995), que el aborto no sea inconstitucional. No es necesario, antes bien es reductivo y en muchos sentidos distorsiona dar, construirlo como un «derecho».

V. Responsabilidad y filiación

Si nadie, ni siquiera el padre del concebido, tiene el derecho de imponer a una mujer el no abortar, ni, en sentido contrario, abortar, ¿se le puede imponer a un varón por ley un hijo, a través del reconocimiento de la paternidad biológica?

Se puede concebir, se ha dicho, por mera casualidad, por error. Se puede concebir por un deseo compartido que puede menguar, supongamos, sólo del lado masculino. Se afirma que lo que cuenta es la desaparición del deseo femenino. Pero si lo que desaparece es el deseo masculino, la mujer embarazada se encuentra en cualquier caso frente a un dilema que no es el mismo que el del varón en el caso precedente. De hecho, la mujer no puede simplemente desaparecer. De un lado, su situación es, en línea de principio, una posición de mayor fuerza: puede de hecho tener el hijo incluso si su pareja no lo desea. Por otra parte, cualquiera que sea su decisión, las consecuencias para ella son inmediatas y tangibles: un aborto o un parto. Esta disparidad parece permitir una disparidad de derechos. Si la mujer decide tener un niño, también el varón debe hacerse cargo de la situación, lo quiera o no. En esta dirección parece ir otro argumento. Una vez nacidos, los niños tienen derecho al cuidado y a la atención de los propios padres: es decir, los padres (ambos) tienen la obligación de cuidar a los propios hijos.

No obstante, invirtamos por un momento la óptica introduciendo dos cuestiones. La primera relativa al problema de la paternidad, la segunda tiene que ver con el interés público que antes señalaba.

La construcción de la paternidad en clave biológica no es tan sólo una conquista femenina, ni tan sólo un derecho de los niños. Es en cambio, también, un posible instrumento en mano de los varones para mantener el control sobre la filiación, es una coartada más para que la comunidad decida no asumir el cuidado de los niños.

No sólo las mujeres, también los varones pueden pedir el reconocimiento de la paternidad, y sobre esta base cuestionar el cuidado y el control de los hijos por las madres. Sería algo extraño en nuestros días, al menos en Italia. Pero planteémoslo este problema, por ejemplo, en el contexto diseñado por las nuevas tecnologías reproductivas. Un varón contrata un hijo con una mujer, y la mujer decide, cuando el niño ha nacido, quedárselo. El varón impone el reconoci-

miento de la paternidad y, una vez lo ha obtenido reclama la custodia del niño. Es posible, incluso probable, como el caso de Baby M. Lo demuestra (véase el primer capítulo), que el más rico, más culto, de entre los padres sea considerado de más confianza, mejor padre que el otro progenitor también biológico.

La equiparación entre maternidad y paternidad naturales ha constituido una conquista para las mujeres, allí donde éstas (como a menudo ocurre de hecho) están en una situación económica y social débil que no les permite fácilmente por sí solas el cuidado de los hijos. La obligación del mantenimiento de los hijos corresponde a ambos padres naturales (véase el artículo 30 de la Constitución): la admisión del reconocimiento de paternidad por vía judicial, a pesar de larga, complicada, difícil, se presenta como garantía, al menos formal, para madres e hijos naturales.

Es así porque a pesar del dictado constitucional de tutela de la maternidad y de la infancia, las ayudas económicas y sociales a las madres solteras ya sus hijos son escasas, cuando no inexistentes, y de hecho la maternidad fuera de la pareja se desalienta, se «criminaliza», se castiga. Así, la búsqueda de la paternidad puede ser utilizada (por ejemplo, en los Estados Unidos, véase Fineman, 1995) por los gobiernos para evitar pagar los subsidios a las madres solteras, imponiendo en su lugar obligaciones a los ya identificados padres naturales, lo que entre otras cosas se traduce en la imposición de hecho y en la enfatización simbólica de la familia nuclear, y en la construcción cultural de la maternidad fuera de la pareja como una maternidad desviada y fuente de ulteriores males sociales³².

Y sin embargo, es cierto que no se elige siempre libremente ser o no ser madre. Y no obstante, es precisamente esta elección la que debe reconocerse y tutelarse, tanto en el plano individual como en el colectivo. Lo que comporta no tanto la imposición, por ley, de un hijo a un padre que no lo quiere, cuanto un sistema de garantías y tutelas para las mujeres que, solas o no, de-

32 Sobre esto volveremos. Pero hay otro aspecto que se ha de considerar. Los desarrollos científicos permiten verificar con gran seguridad la maternidad y paternidad a través del examen del ADN de los padres e hijos. Un episodio que hace tiempo aparecía en los periódicos hacía referencia a la investigación de la paternidad de dos gemelos ordenada por un estado de los Estados Unidos instado por el compañero de la madre, precisamente para determinar sus obligaciones de manutención, que de otro modo deberían ser a cargo del Estado: concluyó que los dos gemelos eran de padres diversos. ¿No viola este procedimiento de una manera manifiesta el derecho a la intimidad de la madre?

cidan o se encuentren en condiciones de tener hijos. El primado y la responsabilidad femenina en la procreación no niegan el estatuto de cuestión pública de la procreación misma. O, por otro lado, el derecho de los niños al cuidado y a la educación. Existe una responsabilidad colectiva frente a ellos, mientras la decisión de si vienen y cómo vienen al mundo es de esa parte de la comunidad, individualmente y en cuanto género, que de hecho los hace venir al mundo.

VI. ¿Hay que cambiar la ley?

Todas las propuestas de ley recientes tienden a reforzar la llamada «prevención». Se sostiene que la ley 194 no ha funcionado suficientemente bien, porque no se ha aplicado la parte preventiva. Es, como ya he señalado, un argumento curioso. Desde dos puntos de vista. El primero y principal tiene que ver con el objetivo de la ley: disminuir la gravedad de las consecuencias del aborto clandestino. Si el objetivo no ha sido alcanzado totalmente, no es porque se ha realizado poca prevención, si por ésta se entiende, como hacen parte de los comentaristas y de los redactores de las propuestas de modificación, un mayor *control* de las motivaciones de las mujeres por parte de los consultorios y estructuras públicas y del voluntariado. Al contrario, si no se ha alcanzado el objetivo ha sido más bien porque la ley 194 impone todavía un itinerario largo y complicado, porque impone la autorización para las menores, porque se ha enfrentado con los abusos de las opciones de objeción de conciencia por parte de los médicos y paramédicos, porque no se puede realizar abortos en las estructuras privadas.

Pero si, impropriamente como yo creo, queremos atribuir a la ley 194 también el objetivo de disminuir los abortos³³, debemos constatar entonces

33 Extraño objetivo, y todavía más extraña interpretación de la ley: sería como imputar a la introducción del divorcio en Italia la disminución de los divorcios tras veinticinco años desde la aprobación de la ley. O creer que, con una ley nueva Contra la violencia sexual, disminuiría la violencia sexual. Más bien, y no es poco, podemos sostener la hipótesis de que la disminución de los abortos tiene que ver con lo que Lilli Rampello (1995) llama un crecimiento de la competencia femenina, es decir, no sólo y no tanto un mejor conocimiento del propio cuerpo, sino una mayor posibilidad de control sobre sí misma, mayor autoridad y poder en la relación con el otro.

que los datos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad muestran que este objetivo se ha alcanzado ampliamente.

La disminución de los abortos clandestinos, por otra parte, se debe precisamente al hecho de que la ley, en su parte llamada preventiva, ha sido ampliamente desaplicada. Como sostiene María Luisa Boccia (1995), la ley 194 no es una buena ley que desgraciadamente ha sido desaplicada, sino una ley mala que ha funcionado justamente en cuanto ha sido desaplicada. Es decir, en la práctica, ha funcionado cuando y en la medida en que médicos y mujeres han considerado el aborto voluntario como un «derecho», más que como una opción ilícita cuya posibilidad de ejercicio dependía de la existencia comprobada de condiciones particulares y excepcionales.

Justamente es esto lo que quieren evitar, apoyándose en el derecho a la vida constitucionalmente garantizado por el artículo 2, aquellas propuestas que pretenden reforzar el vínculo entre posibilidad de abortar, y verificaciones médico-psicológicas/psiquiátricas sobre las motivaciones de las mujeres.

Tomo por ejemplo las propuestas de ley 719 y 720, primer firmante el diputado Giovanardi, presentadas en la cámara el 17 de junio de 1994. El razonamiento es éste: la ley 194 es inconstitucional, precisamente porque viola el artículo 2 de la Constitución, en el que, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 1975, reside la tutela del concebido. El Tribunal, en esa misma sentencia, se pronunciaba en favor de una «ponderación de intereses» entre derecho a la salud de la mujer y derecho a la vida del concebido, resuelta a favor del primero, no existiendo equivalencia entre el derecho a la salud de quién es ya persona y la «salvaguardia del embrión que todavía no es persona». Pero el Tribunal, argumentando de esta manera, habría descriminalizado el aborto sólo en los casos de peligro grave y médicamente verificado para la salud de la mujer. La ley 194, al contrario, dejaría en línea de principio, y más todavía de hecho, la decisión de abortar a las mujeres, sobre todo en los primeros tres meses, sin comprobar las condiciones y las motivaciones.

En la propuesta 720, los redactores proponen una corrección de la ley 194 que permita hacer efectivos los controles «sobre las condiciones de licitud del aborto», y limitar estas condiciones a las sanitarias, equiparando así los procedimientos previstos para la interrupción del embarazo en los primeros tres meses y los previstos para el período sucesivo.

La propuesta 719 es más explícita y detallada. En sustancia, prevé que la mujer sea invitada explícitamente, por el médico al que acude para obtener el certificado para abortar, a dirigirse a un consultorio o ente o asociación de voluntariado que tengan entre sus propios fines la «prevención del aborto voluntario», elegido por ella de entre una lista preparada por el municipio. Si la mujer no elige, elige el médico, y este consultorio o ente está en cualquier caso autorizado a ponerse en contacto con la mujer y con el eventual padre del concebido (que tiene «un autónomo poder de intervención») «de propia iniciativa», para discutir con ella (o ellos) presentándole posibilidades diversas, ayudas necesarias, etc. Después de siete días obtendrá en cualquier caso el certificado demandado.

Muy parecida la propuesta popular (nº 1325, 25 de enero de 1995, primer firmante Delfino), mientras que la propuesta de Alleanza nazionale (n.º 1577, 8 de noviembre de 1994, primer firmante Scalisi) pone junto al aborto, la fecundación artificial y el «ligamiento temporal de las trompas con fines contraceptivos». Esta última propuesta dispone que las mujeres deban dirigirse exclusivamente al consultorio familiar público para obtener el certificado necesario, y a los consultorios se les delega las tareas de información, propuesta de intervención y ayudas, etc. Los consultorios, no obstante, pueden valerse de «formaciones sociales de base y de voluntariado».

Como en las propuestas antes citadas, también en ésta el primer artículo proclama que el Estado tutela la vida humana del concebido. Como en las otras, la casuística de condiciones que hacen posible el aborto se hace más restrictiva y detallada, y su verificación necesaria para la concesión del certificado.

Puesto que al final la decisión última es la de la mujer, la completa implantación de estas propuestas está dirigida a una reposición simbólica de principios que se traducen en un control vejatorio y punitivo. La «prevención» entendida de este modo ciertamente desanimará a muchas mujeres a recurrir al aborto legal, con el resultado de incrementar el aborto clandestino o el «turismo abortivo».

Por parte «progresista» se insiste en la bondad de la ley 194 (véase por ejemplo el diseño de ley comunista nº 134, presentado al Senado el 21 de abril de 1994, primera firmante Salvato), probada con la disminución de los abortos especialmente en las regiones en las que hay presencia de consultorios familiares, y se indican las vías para una mejora de la ley misma como la recalificación y

multiplicación de consultorios en el territorio nacional, la extensión de una correcta información contraceptiva, la seguridad de un servicio abortivo con un adecuado número de médicos no objetores y, en fin, la abolición de la necesidad de un *consentimiento* paternal o del juez tutelar para las menores.

No obstante, la actual defensa de la necesidad de potenciar la «prevención» y la escasa claridad y gran ambigüedad de este término, tanto en la «derecha» como en el «centro» y en la «izquierda», autorizan a pensar que un terreno común existe, y que es precisamente, todavía, aquel de los primeros años setenta, es decir, el del aborto como «plaga», «problema social» al que recurren las mujeres por ignorancia, miseria, falta de alternativas y apoyos sociales y económicos. Parece que la única alternativa a esta conceptualización es la del capricho, la del egoísmo femenino, al que se opone firmemente el «deber de la sociedad de proteger la vida concebida y el deber de la mujer de aceptar posibles intervenciones de asistencia y ayuda», tal vez a través de la formulario ministerial adecuado (Ddl n.º 1325). Algo así como decir que si tienes todo el apoyo y la ayuda necesaria, y si antes has tenido todas las informaciones adecuadas, si insistes en abortar es por capricho, «maldad», escaso sentido de la responsabilidad. Te permitimos abortar, no sin antes someterte a humillación: debes de saber, en resumen, que eres una asesina, y la sociedad así te juzga. En definitiva, aborto como plaga social y aborto como elección egoísta y arbitraria conviven perfectamente, es más, son las dos caras de la misma moneda.

Cuando, desde la izquierda, se invocan medidas de prevención «antes de la concepción», como la educación sexual en las escuelas, la información sobre los anticonceptivos —medidas que de por sí resultan loables siempre y cuando no se conecten a la cuestión del aborto— se corre el riesgo de perpetuar un peligroso equívoco: que antes o después, cuando existan buenas leyes y sean bien aplicadas, el aborto desaparecerá.

Si los abortos han disminuido en Italia es porque las mujeres tienen mayor autoridad y mayor poder, mayor competencia sobre la sexualidad y en las relaciones con los varones. Pensar o aspirar a una sociedad en la cual las mujeres no «se verán obligadas» a abortar, o simplemente ya no lo harán, es un poco como imaginar la sociedad comunista, sin Estado y sin derecho. ¿Es útil razonar de esta manera? En mi opinión no sólo no es útil sino que razonar de este modo es peligroso.

Laura Conti, y, más recientemente, Roberta Tatafiore (1995) consideran al Contrario que de lo que se debe partir es del hecho de que las mujeres abortan, tanto cuando el aborto es ilegal como cuando el aborto es legal en ciertas circunstancias. Es el precio que las hembras (y sólo ellas) de la especie humana pagan por la desaparición del período de celo: las alternativas son la castidad absoluta o la aceptación de todos los embarazos, con los resultados catastróficos, que todos conocemos, para el destino de la especie humana sobre esta tierra. Y por tanto, el objetivo es hacer posible abortar con el menor malestar, con los menores costes para la propia salud física y psíquica posibles.

A la despenalización pura y simple, es decir, a la desaparición del aborto del código penal, se llega también a través de otro tipo de argumentaciones. Entre los juristas varones, por ejemplo, empiezan a despuntar posiciones como la de Gustavo Zagrebelsky (1995) que, en una intervención con motivo de un coloquio con Baldassarre, no niega la legitimidad de una discusión sobre la constitucionalidad de la ley 194 pero, sostiene, «un punto que debería ser pacífico en cualquier discusión de buena fe es que todas las prohibiciones legales, estén en manos del juez penal que condena, o del médico que rechaza intervenir, o del padre que niega el consentimiento, o del padre que impone su voluntad procreadora, se resuelven concretamente no en el impedimento del aborto sino en la búsqueda del aborto clandestino. Como juristas, no podemos más que reconocer con humildad un límite a la eficacia de la coerción jurídica. Existen ámbitos que por su naturaleza están cerrados a la “norma externa” jurídica y necesariamente deben abandonarse ser restituidos al ámbito de la norma moral. Tal vez las fuentes de la vida y de la sociedad están entre ellos. Lo que acontece antes del nacimiento no incumbe al derecho, porque éste es impotente y puede sólo causar daño». A conclusiones similares llega Ferrajoli (1995), que ve en la prohibición generalizada y en la autorización en ciertas condiciones un uso desviado del derecho penal, sometido a una precisa opción moral, allí donde de facto carece de cualquier pretensión de eficacia preventiva o disuasiva. Rodota (1995) es asimismo explícito: «... dar la vida –propiedad del género femenino– impone un respeto que no puede resolverse totalmente en el juego de las normas, o peor, de las tácticas políticas».

Una retirada del «derecho», por tanto, de ciertas materias. Por sobriedad, porque son irreducibles a la norma positiva, en virtud del principio de separación entre derecho y moral.

Algunas mujeres sostienen la despenalización con argumentaciones diversas. Jourdan, por ejemplo, (1993: 233) considera que:

Despenalizar el aborto significa reconocer el sentido verdadero de lo que existe, y resulta anulado por la legalización: a) la tradición de autonomía respecto del Estado, es decir, las decisiones y las prácticas en materia de embarazo tienen una medida propia, socialmente reconocida, tanto fuera Como por encima de la ley; b) las diferencias entre las mujeres, cuyos comportamientos siguen criterios no reducibles a la casuística y a las vicisitudes de la ley.

Para Jourdan (y otras, véase Campari, Cigarini, 1989, y Cigarini, 1992) el derecho tendría para los varones esencialmente una función simbólica: más aún, el derecho sería expresión de un símbolo masculino a través del que se expresaría su autoridad social. La autoridad social femenina se ejercitaría fuera y más allá del derecho y, hoy, trabajando por un derecho que «se auto-limita en presencia de la autoridad femenina».

Diría que, más allá de expresiones no claras como «por encima de la ley» y «vacío legal» (que comentaré en otro capítulo) esta posición conduce a la idea de un derecho dúctil, sobrio, no partiendo de la lógica, de las pretensiones, o de lo fracasos del derecho (positivo), sino razonando sobre una experiencia (femenina) sedimentada históricamente por autorregulaciones sociales: interviniendo sobre la misma, el derecho (positivo) no puede ocasionar más que «daños».

Por otra parte, como ya decía, no se entiende por qué una hipótesis de despenalización del aborto debería encontrar mayores obstáculos de los que ha encontrado y todavía encuentra la legalización.

En todo caso, al contrario, debería ser más fácil llegar a un acuerdo sobre este terreno con quien argumenta contra el aborto por razones morales: el Estado no asumiría ninguna opción moral. La desaparición del aborto del código penal, pero también la desaparición de cualquier ley «autorizativa», salvando, con alguna norma adecuada, el derecho a la salud constitucionalmente protegido, de forma que se asegurase a la mujer la posibilidad (no la obligación) de recurrir gratuitamente a las estructuras públicas (donde es probable que las objeciones de conciencia, frente a la «conurrencia» de las estructuras pri-

vadas, disminuyeran)³⁴ dejaría la elección de abortar a la conciencia de cada una, o si preferimos, a su responsabilidad. A una responsabilidad que se ejercita en las relaciones, en primer lugar en la relación espacialísima y exclusiva con el embrión, y después con el eventual compañero y los otros y otras: «La despenalización del aborto invita al hombre a medirse con su deseo de paternidad, y con su envidia, etc., no haciendo uso del derecho, sino de la relación personal con una mujer» (Jourdan, 1993: 236)³⁵.

34 No es extraño, como es sabido, que médicos y paramédicos objetores en la sanidad pública sean descubiertos realizando abortos en centros privados hoy clandestinos, con considerables ganancias.

35 Sobre la envidia masculina, y sobre los miedos masculinos que parecen potentemente emerger cada vez que se trata del aborto y del poder procreativo de las mujeres, véase las divertidas y agudas páginas de Conti (1981).

Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Una nota desde la incertidumbre*

Miguel Carbonell

Sumario

I. Introducción. II. La libertad de procreación en el texto constitucional mexicano. III. La interrupción voluntaria del embarazo según “*Roe versus Wade*”. IV. Conclusión.

I. Introducción.

Una de las cuestiones que generan encendidos y continuos debates en el mundo es la que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo; aunque las discusiones involucran sobre todo puntos de vista morales, éticos, sexuales, de género e incluso económicos, en alguna de sus vertientes se traducen en un problema jurídico, y sobre todo en un tema constitucional.

En las páginas que siguen se intentarán aportar elementos para comprender dos aspectos relacionados, cuyo fundamento último puede rastrearse hasta el artículo 4 de la Constitución mexicana: la libertad de procreación y la interrupción voluntaria del embarazo. Pese a su proximidad temática, conviene tratar ambas cuestiones por separado, pues para cada una de ellas hay

* Miguel Carbonell, “Libertad de procreación y derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Una nota desde la incertidumbre”.

que hacer reflexiones diferenciadas, que deberán arrojar –como veremos más adelante– consecuencias distintas.

El objetivo de este ensayo es suministrar elementos para decidir, partiendo del estudio de la vertiente jurídica del problema, si es posible o no castigar la interrupción voluntaria del embarazo, tomando en cuenta la protección constitucional que en favor de la mujer podría derivar de la libertad de procreación establecida en nuestra Carta Magna.

II. La libertad de procreación en el texto constitucional mexicano.

El segundo párrafo del artículo 4° constitucional contiene de forma clara e inequívoca un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir, “de manera libre, responsable e informada”, sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso de que decida tener más de uno.

El derecho individual del párrafo segundo del artículo 4 comporta la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a ésta última, el Estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de *no* tener descendencia, o de tenerla de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho.

En general, corresponde también al Estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsables y libres.

Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de los cónyuges); por otro lado, la legislación penal no debe castigar a las mujeres que decidan interrumpir voluntaria-

mente un embarazo que se ha producido como resultado de una violación, porque si se les obligara a tener un descendiente que no ha sido concebido con libertad –como es obvio que sucede en todos los casos de embarazos por violación– se estaría vulnerando el artículo 4 en la parte que garantiza a toda persona la *libre* decisión sobre su descendencia.

Seguramente esa misma libertad serviría para hacer constitucionalmente ilegítimas algunas o todas las disposiciones penales que, al castigar el aborto, obligan a las mujeres a tener hijos incluso contra su voluntad, negando con esas medidas el derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su maternidad. Al respecto, conviene tener presentes las observaciones de Luigi Ferrajoli sobre el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad –y consecuentemente de aborto–; sobre esto Ferrajoli¹ escribe:

“se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre... porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal... en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal”.

Aparte de las consecuencias penales, del párrafo segundo del artículo 4 constitucional también se pueden desprender, como ya se ha apuntado, varias obligaciones de los poderes públicos –sobre todo del poder ejecutivo federal y de los poderes ejecutivos locales– en el sentido de implementar políticas

1 *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 86.

públicas para la difusión e información de las técnicas para el control de natalidad, así como para la atención adecuada a la maternidad; esto último se desprende también del párrafo tercero del mismo artículo cuarto constitucional que protege el derecho a la salud².

Es importante señalar que la información proporcionada por las autoridades en materia de técnicas para el control de la natalidad debe en todo momento respetar la voluntad de las personas involucradas, de forma que sería perfectamente inconstitucional el hecho de que se quisiera imponer por parte de alguna autoridad un determinado método de control o incluso la idea misma de controlar artificialmente el número de hijos que una persona quiera tener. El uso de métodos anticonceptivos debe darse siempre bajo la premisa del *consentimiento informado* de las personas involucradas, nunca como una imposición o por medio de presiones o amenazas.

Respetando la libertad de procreación, las autoridades no pueden condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal. Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que en su Observación General número 19 (del año de 1990) ha señalado que, de conformidad al artículo 23 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, “Cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y *sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias*” (párrafo 5; cursivas añadidas).

Pese a ello, en la realidad ha sucedido que algunas autoridades pretenden imponer métodos de control de natalidad incluso en contra de la voluntad de los afectados (se han presentado estos casos en algunas comunidades indígenas), lo cual viola el derecho que el artículo 4 constitucional establece para que sea cada persona la que determine de forma libre el número y espaciamiento de sus hijos.

Sobre este punto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir una Recomendación General, en vista de las múltiples quejas recibidas y de las violaciones de derechos observadas por su personal. Se trata de la Recomendación General 4/2002 de 16 de diciembre de 2002,

2 Sobre la planificación familiar ver los artículos 67 y 68 de la Ley General de Salud.

“Derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar”³. Hay algunos párrafos de esa Recomendación General que conviene tener presentes, ya que demuestran violaciones recientes a la libertad de procreación y también porque tales violaciones son padecidas por un grupo social particularmente marginado y discriminado como lo son los indígenas; el texto de esos párrafos es el siguiente:

...se ha advertido que el personal médico de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública obliga a las mujeres que acuden a consulta a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal, bajo la amenaza de que si no aceptan usarlo pueden perder apoyos de programas gubernamentales.

...las brigadas de salud comunitaria, las cuales dan atención en zonas con población indígena, ejercen presión sobre la población masculina con el fin de obtener su consentimiento para la aplicación de métodos definitivos (vasectomía) de planificación familiar, mediante la promesa de proveerles de bienes materiales y recursos económicos, y en el caso extremo los amenazan con excluirlos de programas asistenciales del gobierno si no se someten a la vasectomía. Procedimiento en el cual además se acreditó que no se cumplió con las disposiciones sobre el consentimiento informado y que no contaron con traductor...

...tanto hombres como mujeres manifestaron que los servidores públicos de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública, tanto estatales como federales, pretenden imponerles métodos de planificación familiar sin su consentimiento y sin informarles adecuada y ampliamente, en su lengua, cuáles son los beneficios para su salud, los riesgos de su empleo o los posibles efectos secundarios que pudieran presentarse⁴.

Más adelante en la misma Recomendación General, la CNDH precisa el concepto de “consentimiento informado”, así como la forma de obtenerlo; el texto de los párrafos respectivos es el siguiente:

3 Publicada en la *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, número 149, diciembre de 2002, pp. 73-85.

4 *Idem*, pp. 73-74.

En el consentimiento libre e informado subyacen principios éticos de respeto a la autonomía y a la cultura de las personas, que debieran formar parte de la práctica médica; por ello, deben definirse los lineamientos o mecanismos complementarios para que la consejería dirigida a los integrantes de los pueblos indígenas cumpla no sólo con su objetivo de informar, sino de que se tenga la certeza de que esa información se ha comprendido. El propósito es asegurar que las instituciones prestadoras de servicios públicos de atención médica favorezcan y respeten la elección de los usuarios.

En los servicios de planificación familiar, el consentimiento informado y libre implica que, en la relación entre el usuario y el servidor público del sector salud, se dé un vínculo horizontal de intercambio respetuoso de información, a partir del cual manifiesten su solicitud de métodos de planificación familiar, en el contexto del conocimiento cultural que tienen las personas de sí mismas y sobre su salud sexual y reproductiva...

El proceso incluye la verificación, por parte de las instancias que proporcionan el servicio de atención a la salud sexual y reproductiva, de que las personas han comprendido sus explicaciones y sus dudas han sido resueltas. A su vez, hombres y mujeres deben consentir de manera libre y sin coerción sobre el uso del método más acorde a sus necesidades y preferencias, o bien disentir, si así lo juzgan conveniente. El hecho de que se requiera un documento, o cualquier otro mecanismo institucional, de autorización no sustituye los pasos del proceso previamente descrito⁵.

En otros países, también se ha optado por imponer coactivamente los sistemas de control de la natalidad, lo cual ha generado innumerables violaciones a los derechos fundamentales, no solamente a los de carácter reproductivo; cuando se hace un análisis comparado, sin embargo, se observa que la disminución de las tasas de natalidad (que es algo obviamente deseable y que los Estados deben promover sobre todo a través de campañas de concientización e informativas) no se ha logrado por medio de medios coactivos, sino más bien a través de la generación de una serie de satisfactores vitales que le permiten a las personas tener acceso a bienes primarios con regularidad. En otras palabras, la mejor vía para disminuir las tasas de natalidad no

5 *Idem*, pp. 80-81.

son los programas obligatorios, sino el desarrollo económico, como lo acreditan los extremos que se han alcanzado en China (por medio de la coacción y el terror contra su población) y en Europa (por medio del desarrollo económico y la democratización del bienestar)⁶.

Lo importante en este momento es subrayar que la libertad de procreación supone tanto la posibilidad de determinar que sí se quiere tener hijos, como la de determinar no tenerlos.

III. La interrupción voluntaria del embarazo según “Roe versus Wade”.

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso “Roe vs. Wade” resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso “Roe” la Corte estadounidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida, sino una sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en “Griswold vs. Connecticut” 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos⁷) para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

6 Un análisis mucho más completo sobre el punto puede encontrarse en Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, pp. 267 y ss.

7 En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso Griswold se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en O’Brien, David M., *Constitutional law and politics. Volume two. Civil rights and civil liberties*, 4a edición, Nueva York, Norton and Company, 2000, pp. 333-342.

Sobre el mismo tema, también puede ser de interés revisar la importante decisión del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 53/1985, en la que se formularon diversos votos particulares.

En el caso español, la doctrina ha sostenido un punto de vista interesante al afirmar que frente al silencio de la Constitución sobre si existe o no en su texto un derecho a la interrupción del embarazo, dicho derecho se debe entender como implícito y además la decisión de la mujer para llevarlo a cabo debe ser inmune a cualquier tipo de regulación estatal, con excepción de lo que genéricamente se llaman las “leyes de plazos”, que establecen ciertas condiciones y requisitos para interrumpir el embarazo en función de lo avanzado del mismo, que es la solución que se adoptó en Estados Unidos, como lo veremos enseguida. Dicha inmunidad se justificaría en virtud de que la interrupción de un embarazo es la decisión más íntima y personal que una persona puede tomar en toda su vida y, “justamente por eso, el Estado no puede interferir en la misma imponiéndole a las mujeres normas basadas en creencias metafísicas acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas pueden no compartir”⁸.

Toda vez que el caso “Roe” es uno de los más importantes en la historia constitucional moderna, vale la pena analizarlo con algo más de detalle⁹. El caso fue resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973 con una votación de 7 a 2. El ponente fue Harry Blackmun, quien suscribió la posición de la mayoría, entre quienes se encontraba también el entonces *Chief Justice* de la Corte, Warren Burger. Los justices que disintieron fueron William Rehnquist y Byron White, quienes suscribieron votos particulares (las llamadas “dissenting opinions”). Para tomar su decisión, la Corte tuvo que justificar que el derecho a interrumpir el embarazo era un derecho fundamental o tenía cobertura de un derecho de esa especie, ya que si no

8 Pérez Royo, Javier, “Derecho a la vida” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 143.

9 La literatura sobre el caso “Roe” es muy abundante. Uno de los mejores libros sobre el tema, que es el que se sigue para la presente exposición, es el de Tribe, Laurence H., *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. La sentencia del caso puede verse en casi todos los textos de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O’Brien, David M., *Constitutional law and politics. Volume two. Civil rights and civil liberties*, cit., pp. 1204-1214, en donde además se incluyen también las sentencias dictadas con posterioridad por la Corte que han vuelto a debatir el tema del aborto (pp. 1214 y ss.).

fuera un derecho fundamental el gobierno podría limitarlo sin mayores problemas, en aras a preservar un bien colectivo. La Corte argumentó, como ya se apuntaba, que el derecho a interrumpir el embarazo formaba parte del derecho a la intimidad de la mujer y que el gobierno no tenía razones suficientes para interferir con el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, la Corte aportó algunos matices sobre el derecho al aborto dependiendo de lo avanzado que estuviera el embarazo al momento de ejercerlo. Así por ejemplo, en la sentencia se hace una división del embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. Durante el primer trimestre el gobierno no puede interferir de ninguna manera en la decisión de una mujer para interrumpir el embarazo, salvo para insistir en que el aborto sea practicado por un médico titulado. Durante el segundo trimestre el gobierno puede regular lo relativo al aborto con el único objetivo de preservar y proteger la salud de la mujer; de esta forma, el gobierno puede dictar disposiciones a fin de que el aborto sea practicado sin riesgo para la mujer. Durante el tercer trimestre, cuando el feto ya podría sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer (es decir, cuando se considera “viable”), hay una justificación suficiente para regular el derecho a interrumpir el embarazo; en este punto, la regulación puede llegar incluso hasta prohibir el aborto, para proteger la vida del feto, a menos que la interrupción del embarazo sea estrictamente necesaria para preservar la vida o la salud de la mujer.

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones: en primer término, la enorme creatividad judicial que se ejerció en el caso “Roe”, al crear el esquema de los trimestres; en segundo lugar, es destacable también que la Corte haya hecho uso de un derecho que solamente de forma implícita se puede desprender de la Constitución norteamericana, como es el derecho a la intimidad de la mujer. Sorprende lo anterior por muchas cuestiones, entre ellas porque en ese entonces la Corte estaba Presidida por un juez conservador, nombrado para presidir la Corte por el Presidente Richard Nixon, justamente con el objeto de disminuir el activismo judicial que se había desarrollado en los años 50 y 60, cuando la Corte era presidida por Earl Warren. La sentencia fue redactada por otro juez nombrado por Nixon, como lo fue Harry Blackmun¹⁰. Además del Presidente de la Corte, Warren Burger,

10 Una muy buena biografía de Blackmun puede verse en Linda Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, Times Books, Nueva York, 2005, 268 páginas; sobre

y de Blackmun, también estuvieron a favor de la sentencia “Roe” otros jueces conservadores. En cualquier caso, después de dictada la sentencia hubo en Estados Unidos muchas críticas al activismo judicial de la Corte¹¹.

Por lo que hace al derecho a la intimidad como fundamento de la decisión, es verdad que tal derecho no aparece literalmente en el texto constitucional norteamericano, pero según la mejor doctrina se puede desprender de la prohibición contenida en la Enmienda XIV según la cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin observar el debido proceso legal. La intimidad sería una consecuencia del genérico derecho de libertad y de la interpretación que ha hecho la Corte del concepto de “debido proceso legal”, incorporando en dicho concepto contenidos sustantivos para proteger derechos fundamentales (lo que se conoce como el “substantive due process of law”)¹².

Años después de haber dictado la sentencia “Roe”, la Corte ha vuelto sobre el tema del aborto¹³ y ha precisado, entre otras cuestiones, que el derecho a interrumpir el embarazo corresponde solamente a la mujer, de forma que el gobierno o el legislador no pueden otorgar un derecho de veto al hombre que comparte con la mujer la responsabilidad por el embarazo, ni tampoco a los parientes en el caso de que la mujer sea menor de edad; estos criterios se contienen en el caso *Planned Parenthood vs. Danforth*, resuelto en 1976.

La Corte ha considerado (en el caso *Thornburg vs. American College of Obstetricians*, resuelto en 1986) inconstitucionales algunas leyes estatales que obligaban a la mujer que quería abortar a conocer información detallada sobre el desarrollo del feto, sobre los riesgos fisiológicos y psíquicos que comporta el aborto o de la existencia de apoyos sociales para el caso de que decida seguir adelante con el embarazo; según la Corte, dicha obligación es inconstitucional en la medida en que tiene por objetivo influenciar la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo.

la figura del juez y el libro de Greenhouse, Carbonell, Miguel. “¿Quién fue el juez Harry Blackmun?”, *Lex. Difusión y análisis*, número 132, México, junio de 2006, pp. 66-69.

11 Tribe, *Abortion...*, cit., pp. 79 y ss.

12 Sobre este punto, Tribe, *Abortion...*, cit., pp. 82 y ss.

13 Una narración más detenida puede verse en Shapiro, Ian, “El derecho constitucional del aborto en Estados Unidos: una introducción”, *Doxa*, número 31, Alicante, 2009, pp. 437 y siguientes.

En otro caso (*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, resuelto en 1983), la Corte ha considerado pertinente que se cuente con asistencia judicial en el supuesto de menores que quieran interrumpir el embarazo, siempre que esos menores tengan buenas razones para no acudir a la asistencia de sus familiares; en estos casos la intervención judicial debe estar regida por procedimientos que aseguren la rapidez y la confidencialidad.

En sentido parecido, la Corte ha considerado inconstitucional una ley del estado de Minnesota que obligaba a una menor que quería abortar a elegir entre las dos siguientes opciones: o bien notificar a sus dos progenitores con 48 horas de anticipación que iba a interrumpir su embarazo, o bien obtener una orden judicial para poder realizar dicha interrupción (caso *Hodgson vs. Minnesota* de 1990, con votación muy dividida de 5 a 4); el mismo día, sin embargo, la Corte reconoció como constitucional el requisito de que el médico que iba a practicar un aborto a una menor de edad le avisara por lo menos a uno de sus padres antes de llevar a cabo el procedimiento (caso *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health* de 1990, con votación de 6 a 3).

La Corte ha reconocido que se pueden negar fondos públicos federales o estatales para la realización de abortos no terapéuticos y que los hospitales públicos no están constitucionalmente obligados a practicar abortos no terapéuticos (casos *Maher vs. Roe*, de 1977 y *Poelker vs. Doe*, del mismo año).

Los que se han mencionado son solamente algunos de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia que nos ocupa; con posterioridad a ellos se han seguido decidiendo otros casos, los cuales han puesto de manifiesto el débil y precario equilibrio que existe en ese tribunal entre los jueces que consideran que el criterio vertido en el caso “Roe” debe seguirse manteniendo y entre aquellos que, por el contrario, sostienen que es tiempo de dejarlo atrás¹⁴.

14 El análisis detenido de las diferentes posturas, claramente manifestadas, por ejemplo, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* decidido en junio de 1992 por una votación de 5 contra 4, se puede encontrar en Tribe, *Abortion...*, cit., pp. 243 y ss.

IV. Conclusión

En América Latina, las consideraciones constitucionales y los análisis académicos sobre el tema del aborto no pueden desentenderse de una realidad que parece caminar día a día bien lejos de lo que establecen las leyes; con datos de 1995, en México la mortalidad materna por causa de aborto llegaba a 8% del total de causas registradas, mientras que en 1996 representaba un 6.7% del total, lo cual ubica al aborto como la cuarta causa de muerte materna en México. Se calcula que cada año se practican en el país unos 500.000 abortos; 23 de cada 1.000 mujeres en edad reproductiva se someten a abortos inducidos, y 9 de cada 10.000 mueren por complicaciones en la intervención¹⁵.

Como quiera que sea, parece que los debates sobre el aborto no han podido ser zanjados por los criterios de los jueces, cualquiera que haya sido el sentido que dichas resoluciones hayan adoptado. Se trata, como lo ilustra el luminoso título del libro de Laurence H. Tribe, de un “choque de absolutos” (“clash of absolutes”), en donde se enfrentan dos valores últimos de la humanidad: la vida y la libertad. Además, hay muchas situaciones intermedias en donde la posibilidad o la necesidad de sacrificar uno de esos dos valores no está muy clara. El propio Tribe lo explica en los siguientes términos¹⁶: es obvio que el infanticidio es un crimen horrible y que la muerte de un niño constituye una de las mayores tragedias de la naturaleza; pero, ¿lo mismo se puede decir de la destrucción de un feto de ocho meses?, ¿y de uno de cinco meses? Por otro lado, la vida sin libertad es devastadora y justamente ese sería el caso de una mujer a la que se le obligara a tener un hijo sin su consentimiento; obligar a una mujer a tener un hijo producto de una violación es un asalto a su humanidad; pero, ¿sería el mismo caso el obligar a una mujer a tener un hijo solamente porque le falló el método de control de la fertilidad?

En extremos tan delicados y discutibles, nadie puede ofrecer respuestas totalizadoras. Quien lo pretenda estará más cerca de la locura totalitaria que

15 Barquet, Mercedes y Méndez Alvarado, María de J., “Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México”, *Diálogo y debate de cultura política*, números 15-16, México, enero-junio de 2001, p. 56. Ver también la hoja informativa del GIRE, *Cifras del aborto en México*, México, noviembre de 2003, donde se citan estudios que elevan el número de abortos realizados en México hasta los 850.000 anuales.

16 *Abortion...*, cit., p. 3.

de los valores que defiende el Estado constitucional. Las posiciones en este tema suelen polarizarse y las posibilidades de cada una de las partes de convencer a la otra son muy escasas, por no decir del todo remotas.

En este contexto, el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara al tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho –en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica– suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio. El derecho de los Estados democráticos no puede imponer criterios particulares de moralidad pública o privada, más allá de los genéricos derechos de libertad, igualdad y seguridad jurídica, o de los correspondientes deberes de diligencia, honradez, eficiencia, etcétera en los servidores públicos.

Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres*

Roxana Arroyo y Lola Valladares

Sumario

I. Derechos humanos de las mujeres 1.1. La violencia contra las mujeres como violación de los derechos humanos. 1.2. La violencia contra las mujeres: un continuum. II. La violencia sexual. 2.1. Tipos de conductas consideradas como violencia sexual. 2.2. Consecuencias de la violencia sexual. III. Impunidad y violencia sexual. IV. Bibliografía.

I. Derechos humanos de las mujeres

Es ampliamente aceptada la noción de que, en la medida en que somos parte de la especie humana, tenemos derecho a acceder a los más altos estándares de protección en materia de derechos humanos. A pesar de la contundencia de este principio, solo en las últimas décadas se empieza a configurar la complejidad de esta afirmación de universalidad.

Por un lado, existe un claro repertorio de características que constituyen lo humano y éste repertorio resulta ser excluyente y afirmador de desigual-

* Roxana Arroyo Vargas y Lola Valladares Tayupanta, Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres, *Violencia Sexual contra las Mujeres*, Edición Gilma Andrade Moncayo, Proyecto regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género, La Morada, Corporación Promoción de la Mujer, Serie Documentos Técnico Jurídicos, 2005.

dades. Grandes grupos humanos no se ven reflejados en el principio de universalidad precisamente porque su pertenencia a la especie humana es particular, no “son como” y por lo tanto no se ajustan al repertorio universalizante. Como resultado, el principio de universalidad concebido así de manera tan amplia, es un obstáculo para conseguir el derecho a la igualdad.

Por otro lado, los estándares de consagración de derechos humanos se proclaman como universales, pero en la práctica no tienen capacidad de darse forma de acuerdo a las transformaciones y los cambios que constantemente se producen en el mundo. En otras palabras, los seres humanos para los cuales son creados los estándares de protección necesitan ser definidos de acuerdo a sus respectivas especificidades.

Como resultado de esta crisis, no solamente hemos asistido a una profunda transformación de los derechos humanos en materia legal sino a una nueva definición de los alcances de nuestra pertenencia a esos derechos. Pero el problema no es solo de definición de estas especificidades, sino también de reconocimiento de las mismas, sobre todo cuando se trata de ejercer derechos humanos.

No somos titulares plenos de derechos cuando somos objeto de interpretaciones asociadas a patrones socio-culturales que consolidan relaciones de poder inequitativas. Tampoco somos titulares plenos de derechos si para alcanzarlos tenemos que cumplir con valores asignados por quienes tienen el poder de definirlos.

Debido a esta dinámica entre definición y reconocimiento solamente en 1993 otra afirmación contundente aparece en escena: los derechos de las mujeres son derechos humanos. Lo humano toma otra forma, se amplía, se diversifica, se especifica. No se trata de una doble titularidad de derechos, se trata más bien del reconocimiento a la existencia legal de las mujeres como sujetos de derechos.

Desde la Conferencia mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993 se insiste de manera sostenida que la situación de las mujeres en el mundo no puede ser analizada sin una categoría específica: género. A partir de entonces el término toma tanta fuerza que solamente seis años más tarde aparece en el instrumento más importante de derecho penal internacional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este punto, resulta imposible entender la dimensión legal de los derechos de las mujeres sin una comprensión cabal de la categoría género. El término es utilizado por las ciencias sociales para analizar las complejas di-

námicas de lo que en distintas sociedades se define como masculino y femenino. La construcción social de lo que es ser hombre o mujer no depende de las características biológicas sino de procesos en cambio constante. De ahí que el concepto de género se refiere a los valores, actitudes y normas que conforman la construcción social y no biológica de hombres y mujeres.

La declaración de que los derechos de las mujeres son derechos humanos y la introducción de la categoría género como una categoría de análisis son logros relevantes de nuestros tiempos. A nivel académico, se han producido nuevas corrientes de análisis del fenómeno del derecho, nuevos y vibrantes debates doctrinales, estudios de análisis de la situación de las mujeres a escala mundial, entre otros.

A nivel legal el cambio no es menos impresionante. El derecho internacional de los derechos humanos, como un subconjunto del derecho internacional, ha producido dos instrumentos muy importantes: la convención contra la discriminación y la declaración contra la violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser tales. En este punto, casi todos los países del mundo han firmado, ratificado y puesto en práctica los convenios internacionales que consagran los derechos de las mujeres como derechos humanos.

En las Américas y el Caribe, todos los Estados han rendido informes sobre el cumplimiento de sus compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional. En otras palabras, los Estados tienen que rendir cuentas sobre sus actuaciones por lo que cada vez se va perfilando con más fuerza una teoría de la obligación de los Estados en este sentido.

Se ha logrado mucho en poco tiempo. Y a pesar de que todavía hay muchos desafíos pendientes es importante reconocer que la producción del discurso y las prácticas jurídicas se han ampliado gracias a la atribución de la palabra “que individualiza a quienes están en condiciones de decir el derecho”. Por primera vez en la historia la palabra del derecho es incluyente de la perspectiva de género.

1.1. La violencia contra las mujeres como violación de los Derechos Humanos

El término “violencia” es un término polivalente. Tiene diferentes significados que dependen del ámbito en donde se utilice. En las Américas y el Caribe es muy común usar el término “violencia política” para dar cuenta

de mal o deficiente funcionamiento del sistema democrático o de los partidos políticos. El término también se usa para dar cuenta de situaciones en donde se produce el uso de la fuerza armada por parte de particulares o entre grupos armados. Incluso a veces se usa el término violencia para referirse a los actos de delincuencia común. Pero el término no es solo polivalente sino “sobresignificado”, en la medida en que existen diferentes tipos de violencia, ejercida por diferentes actores en múltiples y variados contextos.

En términos generales, todas las personas somos vulnerables frente a uno o varios tipos de violencia y le corresponde a los estados democráticos el mandato de generar las condiciones o crear los mecanismos para defender o proteger a las personas de las varias formas de violencia que nos rodean.

Como corolario, carecemos de protección cuando el uso de la fuerza física, psicológica o sexual no es vista como una forma de violencia sino como una manifestación propia de la cultura o como prerrogativa de grupos en ejercicio de diversas formas de poder. En la práctica estas dos dimensiones se entrecruzan, están entrelazadas de modo que se refuerzan mutuamente y sostienen las más graves violaciones a los derechos humanos. Esta construcción autoritaria de la sociedad produce una forma específica de violencia generalizada que está dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

A este tipo de violencia hay que nombrarla, describirla, precisamente porque está impregnada en el tejido social, en los sistemas de administración de justicia, en los actos de guerra o en los momentos de paz, en la forma como entendemos el mundo y las relaciones entre los seres humanos. “La violencia contra las mujeres se encuentra anclada en las construcciones de poder que ordenan las relaciones sociales entre mujeres y hombres, las que asociadas a las diferencias biológicas entre los sexos, naturalizan roles y funciones, posiciones y jerarquías sociales asignados según la condición genérica. Se trata de un tipo particular de violencia, que arraigada profundamente en la cultura, opera como mecanismo social clave para perpetuar la interiorización y subordinación de las mujeres, en tanto el ejercicio de poder se considera patrimonio genérico de los varones”¹.

1 Rico, Nieves: Violencia de género: un problema de Derechos Humanos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo, Naciones Unidas. Citada en Femicidio en

En la Cumbre Mundial de Viena de 1993, los movimientos de mujeres del mundo entero denunciaron esta forma de violencia y la denominaron violencia contra las mujeres. El eje de las denuncias se centró en demostrar que la violencia contra las mujeres se produce por el hecho de ser tales, que daña sus vidas y que las puede llevar a la muerte. Es ejercida en cualquier sitio y con cualquier objeto material o simbólico que pueda causarles daño y sufrimiento y sus víctimas pueden ser de cualquier edad: niñas, adolescentes, adultas, de la tercera edad y trascendiendo incluso su situación económica, raza, nivel educativo, orientación sexual, nacionalidad, etc.

Una década más tarde, se siguen documentando casos de violencia contra las mujeres que se producen en las todas las regiones del mundo y que son cometidas por diferentes actores (estatales o no) en las más variadas circunstancias. “La perspectiva de los derechos humanos arroja luz sobre el continuo de violencia a que se enfrentan las mujeres: la violencia atroz inflingida a las mujeres en las zonas de conflicto, la violación masiva, el secuestro y la esclavitud sexual son comunes en muchas zonas de guerra”.

Estas formas de violencia pueden ser consideradas como una extensión brutal de la violencia a que se enfrentan en su vida cotidiana. A los esposos, compañeros que inflingen daño físico, sexual psicológico se suman los acosadores sexuales, traficantes, violadores y combatientes armados que abusan de las mujeres. Todos ellos recurren a la violencia, especialmente a la violencia sexual para reafirmar su poder, avergonzar y subordinar a las mujeres. Por medio de esta reafirmación de su poder los varones infunden temor a las mujeres, controlan su conducta, se apropian de su trabajo, explotan su sexualidad y niegan el acceso al mundo público”².

La violencia contra las mujeres puede incluso constituir una forma de tortura. En efecto, comparte los elementos constitutivos de la misma: 1) dolor y sufrimiento físico o mental severos; 2) inflingidos en forma intencional; 3) para propósitos específicos como castigar, intimidar a la víctima o otro motivo basado en la discriminación de cualquier tipo; 4) con alguna forma de participación oficial ya sea activa o pasiva³.

Chile. Area de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada. Chile, noviembre de 2004. Pág. 15.

2 Informe CEDAW 10. Traducción Gilma Andrade.

3 COPELON, Rhonda: LA VIOLENCIA DOMESTICA COMO TORTURA. En Derecho Hu-

La violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos porque afecta gravemente una serie de derechos y libertades fundamentales: el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la protección en condiciones de igualdad, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igualdad en la familia, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental⁴. En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer sostiene que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.

Es necesario, sin embargo señalar que el concepto violencia contra las mujeres ha ido adquiriendo un significado que hoy se encuentra afirmado en el campo jurídico. En efecto, la definición de delito de violencia contra las mujeres es aceptada a nivel internacional en los términos definidos en los instrumentos internacionales creados para el efecto, a saber: La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de diciembre de 1993, y para la región la Convención Interamericana para prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem do Pará.

En la medida en que estos instrumentos son vinculantes, en esta y otras regiones del mundo, los Estados han acudido a diferentes criterios con el propósito de dictar leyes que tipifiquen el delito de violencia contra las mujeres. En todos los países de las Américas y el Caribe existen leyes especiales que tipifican la violencia doméstica. En este campo hay importantísimos avances en materia doctrinal y un importante acumulado en materia de administración de justicia.

La legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos de las mujeres en general y sobre violencia contra las mujeres en particular tienen plena fuerza de ley, son mandatorios y no están sujetos a interpretaciones restrictivas.

manos de la Mujer. PROFAMILIA, Bogotá, 1997.

⁴ Recomendación General 19 de la CEDAW.

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁵, violencia contra las mujeres es: *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”*.

Esta definición abarca, de manera amplia “la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”⁶.

Por su parte, la Recomendación General de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ No. 19: “La violencia contra la mujer “ establece la relación entre violencia y discriminación, al determinar la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, o que le afecta en forma desproporcionada, como otra forma de discriminación. Incluye actos que infligen daño o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad, pero también puede ser causa de muerte⁸.

La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para), afirma que: “La violencia contra

5 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Arts. 1 y 2.

6 Diane Alméras, Rosa Bravo, Vivian Milosavljevic, Sonia Montañó y María Nieves Rico: Violencia contra la mujer en relación de pareja: América Latina y el Caribe. CEPAL Unidad Mujer y Desarrollo. Santiago de Chile, junio de 2002

7 Office of the High Commissions for Human Rights. La violencia contra la mujer: 29/01/92. CEDAW Recomendación general No. 19. 11 período de sesiones 1992.

8 Aproximadamente 60 millones de mujeres que deberían estar vivas han “desaparecido” y muerto debido a la discriminación de género. En <http://www.cimac.org.mx/noticias/00nov/00112321.html>

la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”. Define a la violencia contra la mujer como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Agrega que debe entenderse que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual o psicológica:

- Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y;
- Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

1.2. La Violencia contra las mujeres: un Continuum

El compromiso que los Estados adquieren al firmar y ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos obliga a adecuar sus legislaciones nacionales, implementar políticas públicas e incluso emprender procesos educativos que cambien comportamientos y actitudes sociales que resulten violatorias de Derechos Humanos dando cuenta de un mandato que incluye la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

Las situaciones de violencia que viven las mujeres se producen en una amplia gama de situaciones. En las escuelas clásicas del derecho penal prevalecía la tendencia a analizar las formas de violencia contra las mujeres como fenómenos separados e inconexos entre sí. La consagración de los derechos de las mujeres como derechos humanos interpela esta tendencia e impone la necesidad de visualizar a la violencia como un fenómeno total

que se produce sobre un sujeto jurídico con derechos plenos. De esta manera, la violación, el incesto, el abuso físico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, la negligencia contra las niñas, la violencia intrafamiliar, la violencia sexual en contextos de guerra, el incesto, la mutilación genital, y la impunidad de estos actos, son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos. Se trata en palabras de Liz Kelly (1988) de un “continuum” de violencia contra las mujeres, que obliga a los Estados a intervenir en todos los ámbitos para cumplir a cabalidad su mandato.

Importantes avances se han dado en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar, una de las formas más prevalentes y ampliamente ejercida de violencia contra las mujeres. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, que se ve perpetuada por las actitudes tradicionales. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad⁹.

También se han dado pasos importantes en la denuncia y la visibilización de situaciones de violencia en tiempos de conflicto armado. Shanthi Dairam, representante para la zona Asia-Pacífico de la organización no gubernamental Observatorio Internacional de los Derechos de la Mujer considera que la discriminación permanente contra las mujeres apuntala las violaciones que se perpetran en los conflictos armados. Menciona, como ejemplo, que en Sri Lanka, la incidencia de las violaciones aumentó diez veces en la época de conflicto. Igualmente la violencia doméstica crece de manera dramática con formas variadas de delitos cometidos por numerosos hombres con la diversidad de armas que la sociedad les ha cedido.

En contextos bélicos, el cuerpo de las mujeres cobra un significado de botín de guerra, o arma táctica para intimidar y aterrorizar a la población objetivo o para castigar a las mujeres y simpatizantes del supuesto enemigo, o un medio para humillar a la otra parte y destruir la pureza sexual de sus mujeres, destacándose la vinculación innegable de la violación con la idea del honor, siendo la violación en estos escenarios de guerra, un medio para

9 Recomendación general N° 19 - (11° período de sesiones, 1992): La violencia contra la mujer. Párr. 23.

comunicar la derrota a los varones del campo enemigo, resultando este tratamiento en discriminaciones.

La paz por tanto, ya no puede entenderse simplemente como “la ausencia de guerra”, más aún en el caso de las mujeres, para quienes la ausencia de la guerra no determina que haya menos violencia contra sus cuerpos, ni mayores garantías para la defensa, ejercicio y exigibilidad de sus derechos¹⁰. La transformación de las imágenes estereotipadas del hombre en el campo de batalla y las mujeres protegidas en sus casas, no existe p en tanto ellas son las principales víctimas de la guerra, directamente o como resultado de la destrucción de sus relaciones familiares, del tejido social del que formaban parte, de la destrucción de infraestructura que aumenta su pobreza, etc.

La propuesta de analizar la violencia como un continuum nos permite visualizar claramente un sujeto de derechos plenos y no un conjunto de acciones inconexas. Todavía hay mucho que cambiar en la forma en que operan los agentes del sistema de administración de justicia, también hay muchos pendientes en términos de adecuación de las legislaciones nacionales. Sin embargo, es alentador saber que hay una comunidad internacional vigilante a la que los Estados están obligados de rendir cuentas para honrar los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos.

II. La violencia sexual

Todas las sociedades necesitan hacer arreglos para significar la sexualidad, sus clasificaciones y los procesos que esta produce y desencadena. El filósofo francés Michael Foucault dedicó gran parte de su producción académica para demostrar cómo la sociedad ha disciplinado, reprimido, definido y re-definido el cuerpo sexuado de los seres humanos. “El cuerpo está en medio de relaciones de poder que operan sobre él: lo cercan, lo marcan, lo doman, lo

10 Actualmente se estima que cerca del 90% de las víctimas de guerra son civiles, la mayoría de ellos son mujeres y niños; lo que contrasta con lo que sucedía hace un siglo, cuando el 90% de las personas que fallecían en conflictos bélicos eran personal militar. Ejemplos terribles de estas situaciones tenemos en las guerras del Golfo, la ex Yugoslavia, Afganistán, Ruanda, Sudán, Congo, etc. En “La mujer y los conflictos armados”, Nota informativa No. 5. www.un.org/spanish/conferences/Beijing/f5.htm

someten a suplicio, le fuerzan a unos trabajos, le obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos”¹¹.

Este debate en torno a “negociaciones de significado” sobre la sexualidad humana, las legislaciones de la mayoría de países de América Latina, el derecho penal y la doctrina que lo sustenta no reflejan ni de cerca, nuestra comprensión actual de la violencia sexual. En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. En la práctica, solo hay que revisar los Códigos Penales de la región para constatar la existencia de lenguajes superpuestos, el uso de términos médico-fisiológicos en un tránsito progresivo hacia el terreno moralista plagado de valores como honra, virginidad, honor. Al exigir que estos valores sean portados en los cuerpos de las mujeres, desaparece la dimensión de exigibilidad de los derechos humanos simplemente porque el bien jurídico protegido son la honra, la virginidad o el honor, y no los sujetos jurídicos concretos que la viven.

Los significados jurídicos en el campo de la sexualidad, son obsoletos y no dan cuenta ni de los avances a nivel teórico, ni de las nuevas corrientes en el derecho penal. Estas nuevas tendencias permiten acceder a una comprensión amplia de la violencia sexual, entendida básicamente como el ataque o la invasión al cuerpo de las mujeres, donde no existe una relación entre iguales que consienten. En efecto, en el ejercicio de la violencia sexual se plasman relaciones de poder que se ejercen en el cuerpo de las mujeres. En esta nueva negociación de significados, las mujeres son sujetos de derechos con capacidad plena de exigirlos a la vez que víctimas en tanto violación a sus derechos humanos; integridad personal, la libertad, el derecho a decidir sobre el ejercicio de la sexualidad y la reproducción, entre otros. .

De esta manera, se convierte a la sexualidad y a la capacidad reproductiva de las mujeres y a sus cuerpos en un espacio sobre el que se perpetran las formas de violencia más brutales.

La violencia sexual no se produce de una manera aislada o intermitente. Es una constante, presente en todas las regiones del mundo, bajo las más variadas circunstancias, en regímenes democráticos, en conflictos armados,

11 Foucault, Michel: Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión. Siglo XXI editores. México, 1997.

en el ámbito de lo privado y en el mundo de lo público. Es ejecutada por los más diversos actores, agentes del Estado, particulares, conocidos y desconocidos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer¹² define los ámbitos donde produce la violencia sexual: la familia, incluidos el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violación por el marido; la violencia sexual perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy, en su informe sobre “Violencia contra la Mujer en la Comunidad” deja absolutamente en claro que la violencia contra las mujeres produce el efecto de degradarlas y aterrorizarlas: “todas las formas de violencia sexual contra la mujer son métodos empleados para su sometimiento mediante el control de su sexualidad por la violencia, el miedo y la intimidación”¹³.

La violencia sexual impacta directamente en los cuerpos de las mujeres, donde se concentran los niveles de desprotección a las que están sujetas y consecuentemente el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones respetar y garantizar los derechos humanos. Esta desprotección es especialmente grave en el campo del derecho procesal penal. A este nivel, se produce un perverso proceso de re-victimización de las mujeres que denuncian actos de violencia sexual cometidos en su contra.

Como en ninguna otra figura penal, en los delitos sexuales las víctimas son cuestionadas por su “participación” en el delito. Se ven expuestas a un procedimiento penal en el cual su vida es motivo de investigación y escrutinio y están expuestas a exigencias poco razonables en materia de pruebas, el rechazo del testimonio no corroborado de la víctima, la evocación de su pasado.

12 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Art. 2.

13 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias. E/CN.4/1997/47, 12 de febrero de 1997. COMISION DE DERECHOS HUMANOS. 53º período de sesiones, Tema 9 a) del programa provisional. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

Los estereotipos sobre las mujeres y su honor “acaban elevándose a la categoría de elementos típicos de hecho, o presunciones *juris et de iure*’, con efectos tan reales como discriminatorios”¹⁴.

En consecuencia, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por “provocativa”, por “libertina”, por “ser mujer de hábitos sexuales promiscuos”, o por “no ofrecer verdadera resistencia”¹⁵. El juzgador, entonces, no cumple con el principio de imparcialidad, y en muchos casos termina actuando como el principal acusador de la víctima.

En los contextos de conflicto armado, la violación sexual cobra una especial significación, así el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que *“La violencia sexual se ha empleado contra la mujer y miembros de su familia como una forma de tortura o agresión para obtener información, degradar o intimidar y como castigo por actos real o presuntamente cometidos. También se ha utilizado como medio para llevar a cabo limpiezas étnicas en una zona, amenazar y obligar a la población de una zona a marcharse del lugar. Las violaciones generalizadas y sistemáticas y los embarazos forzados se han usado para destruir la identidad de un grupo étnico. La violencia sexual también se ha ejercido a veces de manera especialmente sádica delante de los miembros de la familia, incluidos los niños, o causando lesiones especialmente atroces, como la de cercenar pechos a las víctimas (...) La violación y otras formas de violencia sexual se han considerado muchas veces como un producto secundario de la guerra, o bien como una recompensa para los soldados o los civiles...”*¹⁶.

Para la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy; la violación *“es un mensaje de castración y mutilación del enemigo. Es una batalla entre hombres que se libra en los cuerpos de las mujeres. Los peores hechos de violencia contra las mujeres se cometen en tiempos de guerra, cuando se exagera la discriminación preexistente. Las violaciones en la guerra*

14 CUGAT, Miriam, *op. cit.* Pág. 83.

15 Es común la exigencia de una resistencia heroica, así en una de las sentencias del Tribunal Supremo español, se decía: “se exige una “resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física”. STS 6/6/1972 (R.A.2988), citada por CUGAT, Miriam, La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación, “Jueces para la Democracia. Información y Debate”, Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, n°20, p. 76.

16 LINSEY, Charlotte: LAS MUJERES ANTE LA GUERRA. Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginerba, Suiza. Agosto, 2002. Pág. 55.

también han servido para aterrorizar a las poblaciones e inducir a los civiles a huir de sus hogares y aldeas. A menudo se las considera un “acicate” para los soldados y un incentivo para que se muestren valientes en el combate, es decir, una consecuencia natural de la guerra. La naturaleza al parecer endémica de la violación en la guerra ha sido institucionalizada por medio de la prostitución forzada y la esclavitud sexual de las mujeres a manos de militares. Tales prácticas se han justificado como mecanismo para evitar la violación de civiles inocentes”¹⁷.

La organización jerárquica de los ejércitos construye un modelo vertical y autoritario necesario para su funcionamiento. A los y las soldados/as se les impone un modelo que aceptan¹⁸, el mismo que incluye una propuesta de actuación a partir de los llamados “valores masculinos”: valor, coraje, resistencia, desarrollo de talentos físicos, y aún cierta misoginia. Los cuerpos son signados por esta práctica autoritaria al punto que en situaciones de conflicto, los usan como armas de guerra. Estos cuerpos signados por el modelo autoritario militar, se convierten vía la violación sexual en instrumentos tácticos para ganar batallas, humillar a los enemigos, acceder a información, etc. De ahí que la violencia sexual contra las mujeres, la esclavitud sexual, los embarazos forzados, entre otros, se convierten en “actos justificados” en zonas de ocupación militar o aledañas a bases militares, con el argumento de que responden a “necesidades masculinas”¹⁹.

Esto en cuanto a los ejércitos pero la situación no cambia si se trata de civiles en armas, porque en los conflictos armados, se exagera un modelo de masculinidad que se reproduce de las maneras más inusitadas. Amnistía Internacional señala que los niños que viven en los barrios de Medellín toman a los paramilitares como modelo de identificación: “Son los más duros y pueden hacer lo que quieren, si les gusta una chica se la llevan, nadie les puede discutir”, dicen los niños. Se cita además que en una Comuna de Medellín,

17 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias: E/CN.4/1998/54.26 de enero de 1998. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 54º período de sesiones. Tema 9 del programa provisional. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

18 Gracias a estándares internacionales de derechos humanos establecidos especialmente en el Estatuto de Roma, los miembros de los ejércitos ya no pueden alegar obediencia debida como un argumento que justifique la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad o el crimen de genocidio.

19 TAMAYO LEON, Giulia: Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. CLADEM-OXFAM. Lima, Perú, julio, 2000.

en Colombia, con fuerte presencia paramilitar, tres niños de entre 8 y 12 años de edad atacaron a unas niñas del mismo barrio. Les orinaron encima y les dijeron: “Vamos a hacer con ustedes lo que queramos”. Varios muchachos se agolparon como espectadores. Nadie les prestó auxilio a las niñas, más bien se reían. Una mujer que se trasportaba en una buseta se bajó. Fue recién entonces cuando los muchachos se dispersaron”²⁰.

Durante los conflictos armados, la violencia contra las mujeres, particularmente la violación sexual, es utilizada como arma de guerra a fin de perseguir, destruir o someter a la comunidad a la que pertenecen. Y es que uno de los elementos que tradicionalmente se ha utilizado para legitimar estos actos ha sido “la noción del honor sexual de las mujeres que a su vez es el fundamento de la honra masculina”. Por lo tanto, se produce una verdadera expropiación de los cuerpos femeninos para convertirlos en espacios de control/dominación y disputa/resistencia, que otorgan o quitan el reconocimiento social a los hombres.

La misma Relatora Especial, presentó en 1998 un informe sobre “La Violencia contra la Mujer en tiempos de Conflictos Armados”²¹, en donde constata que la violencia contra las mujeres en tiempos de guerra constituye una práctica aceptada por tácita tradición entre los ejércitos conquistadores y que el culto a lo masculino que impregna a las instituciones militares es por definición antifemenino .

Agrega que la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados, además de las violaciones sistemáticas o incidentales, se expresa en hechos como la prostitución forzada y la esclavitud sexual de las mujeres del bando contrario. También se presenta la fecundación forzada, utilizada como arma para humillar al enemigo y obligar a la víctima de la violación a engendrar un hijo del victimario o al aborto forzado. También son comunes, actos de coacción sexual en que algunas mujeres son forzadas sexualmente por un combatiente o soldado a cambio de poder alimentarse ella misma

20 En <http://web.amnesty.org>

21 Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias. E/CN.4/1998/54/Add.1.4 de febrero de 1998. Comisión de Derechos Humanos. 54º período de sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy Informe de la misión a Rwanda para estudiarla violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado.

y su familia, para obtener alojamiento o ropa, o con fines de protección y seguridad.

En caso de éxodos masivos o desplazamientos forzados, Naciones Unidas ha documentado que las mujeres y las niñas son objeto de violaciones sexuales por parte del bando contrario o del bando interesado en el territorio que ocupan, de los bandidos en los caminos y de sus propios compañeros de desplazamiento durante el éxodo y en los campamentos.

También las mujeres desplazadas están particularmente expuestas en su salud sexual y en su libertad reproductiva, se registran embarazos indeseados, infecciones, enfermedades de transmisión sexual, VIH sida, traumas psicológicos, depresiones, suicidios, pesadillas, insomnios y miedo crónico.

La Relatora Especial de violencia contra la mujer, en su informe sobre Ruanda²², indica haber recibido incontables testimonios de violencia sexual cometida contra mujeres durante el genocidio. Los tipos de violencia sexual descritos en estas declaraciones eran la violación, la violación en grupo, la esclavitud sexual, la tortura, la mutilación, el homicidio y el matrimonio forzado. Patricia Sellers, asesora legal de género para el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, considera que existe un vínculo entre el trato que reciben las mujeres en la guerra y la relación que sostienen con la sociedad en que viven. En la práctica, una guerra permite la intensificación de cualquier clase de violencia ilegal²³.

En Colombia, la violencia sexual contra las mujeres es una práctica recurrente por parte de todos los actores armados en el país. Se la utiliza como una forma de amedrentamiento, intimidación y castigo, usando como argumento: el tener relaciones afectivas con personas del “bando contrario”, desobedecer normas de comportamiento impuestas por los actores armados, o participar en organizaciones sociales o comunitarias.

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú reconoce que en las violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres, el componente de

22 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 54º período de sesiones, 4 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/54/Add.1 . Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy. Informe de la misión a Rwanda para estudiarla violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado. Párrafos 35 a 37.

23 Viseur-Seller, Patricia: Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, Canada 9-12 Nov, 1997. EGM/GBP/1977.3. 6 de noviembre de 1997.

género es uno de los ejes centrales para analizar. En el caso del PCP-SL concluye que *“los numerosos crímenes y violaciones de derechos humanos de las mujeres cometidos por dicha organización subversiva y terrorista no tuvieron como sustento su ideología política, sino una ideología de género en la cual las mujeres y sus cuerpos son parte de las prácticas de guerra. Es el caso de la violencia que se ejercía contra las mujeres con la excusa de “haberse acostado o ser amante de los militares. En estos actos, la mujer es el objeto al cual los senderistas castigan cuando en realidad quieren agredir a los militares. Se traslada así hacia la mujer el odio, la furia y la impotencia que pueden sentir frente a los militares”*²⁴.

En ese contexto, la violencia sexual contra las mujeres fue utilizada como un mecanismo para obtener información y obligarlas a autoinculparse o a sus familiares; o como una manera de demostrar el poder masculino sobre ellas frente a los hombres de la misma población.

Según el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura²⁵ en 1994, por varias organizaciones de derechos humanos y feministas de Chile, la violencia sexual fue “una práctica corriente y sistemática” durante la dictadura de Augusto Pinochet (1973-1989). practicada en todas sus formas, por agentes de la dictadura en diversos centros de detención y tortura, como Villa Grimaldi en Santiago, y Tejas Verdes, en la costa central del país.

24 Entre los años 1980 y 2000, el Perú vivió una situación de violencia política que dejó un saldo de asesinatos, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, detenciones injustas, graves crímenes y violaciones a los derechos humanos. Se estima que produjo un total de 69.280 víctimas entre personas muertas y desaparecidas, muertes producidas tanto por acciones terroristas, como por enfrentamientos armados, arrasamiento de pueblos y masacres colectivas. Cerca de 600.000 personas fueron afectadas directamente a tal punto que se vieron forzadas a abandonar sus hogares, generando un grave fenómeno de desplazamiento interno.

El 4 de junio del 2001, el Gobierno Transitorio presidido por el Dr. Valentín Paniagua creó la Comisión de la Verdad, mediante Decreto Supremo No. 065-2001-PCM; su creación fue ratificada y complementada por el Dr. Alejandro Toledo el 4 de septiembre del mismo año, denominándose finalmente Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR); instancia a la que se le encargó investigar y esclarecer los hechos ocurridos en el Perú, entre mayo de 1980 y noviembre del año 2000; establecer las responsabilidades correspondientes y proponer iniciativas que afirmen la paz y la reconciliación entre todos los peruanos.

25 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women’s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

La misma práctica se repetía en allanamientos a viviendas, furgones militares, cárceles de mujeres, cuarteles de la Policía de Investigaciones (civil) y en el estadio Nacional de Santiago, convertido en centro de prisioneros y de torturas entre septiembre y noviembre de 1973. Esto se confirma cuando en el contexto de una investigación sobre violencia sexual como tortura durante el régimen militar, una de las entrevistadas señala: “...la mayoría de las mujeres, yo diría casi un 90% de las mujeres que fueron secuestradas sufrieron violencia sexual. En el traslado de un lugar a otro y, luego al terminar el interrogatorio eran violadas no sólo por una persona sino que por varios”²⁶.

La violencia en las zonas de conflicto armado tiene un efecto directo cuando las mujeres se convierten en el blanco inmediato, pero existen otros resultados indirectos como el aumento de la violencia doméstica, el tráfico de mujeres para la explotación sexual. Es evidente entonces que la violencia sexual también se presenta como un continuum, en donde el cuerpo de las mujeres es cosificado y se convierte en “un cuerpo para otros”, de tal manera que el acceso violento al cuerpo de las mujeres termina siendo una práctica cotidiana, a la que están expuestas solo por el hecho de tales.

2.1 Tipos de conductas consideradas como violencia sexual

La violencia sexual se produce en los cuerpos de las víctimas. Es en los cuerpos donde se concretan los actos de invasión a la integridad física, psicológica o sexual de los seres humanos. Cuando se trata de exigibilidad de derechos en casos de violencia sexual contra las mujeres, esta dimensión de corporalidad desaparece. Los cuerpos son solo un dato que es leído e interpretado desde los valores morales, las concepciones de género y los roles asignados para las mujeres por el hecho de ser tales.

De acuerdo a este tipo de razonamiento, el cuerpo es solo un locus en donde se “tienen” que plasmar de manera clara las señales y las huellas que el agresor haya dejado el acto de invasión al cuerpo de las mujeres. La doctrina procesal penal las llama pruebas y sin ellas las posibilidades de acceso a la justicia de desvanecen hasta finalmente desaparecer.

26 *Idem*. Párrafo 37.

Pero no solamente el cuerpo de las víctimas es “sobre-significado” por la doctrina y práctica penal, también los agresores y los espacios donde se producen la violencia sexual tienen significados y valoraciones diferenciadas. Los esposos, los soldados, los guerrilleros, los levantados en armas, los superiores jerárquicos solo recientemente son considerados como sujetos activos en materia de delitos sexuales. La división entre mundo público y mundo privado, consagra todavía inequidades respecto del acceso a la justicia. El tráfico de mujeres y la esclavitud sexual como delitos transnacionales todavía no han sido recogidos en la mayoría de las legislaciones nacionales.

En la última década se ha producido un amplio cuestionamiento a estos supuestos y se los ha cuestionado por ineficientes, por limitados, porque no reflejan la realidad y no permiten el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia sexual.

En este contexto, la entrada en vigencia del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 es un avance sin precedentes en la historia. Por primera vez se reconoce a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable como crímenes contra la humanidad cuando forman parte de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Tales figuras también son tipificadas como crímenes de guerra, cuando hayan tenido lugar en el contexto de un conflicto internacional o interno.

A la luz de estos avances es urgente una relectura de las conductas consideradas como delitos sexuales. Como veremos a continuación, los avances doctrinales y normativos nos están dando la posibilidad de dar pleno sentido a los tipos penales de acuerdo a los principios de derechos humanos.

Violación sexual

La tipificación de la violación sexual en la mayoría de los códigos penales de la región, no da cuenta de su complejidad, más bien ha sido reduccionista porque en general las normas aluden a la penetración vaginal con el pene. La violación sexual es bastante más compleja y se produce en diversas circunstancias, en condiciones de conflicto armado, en regímenes democráticos, y le sucede a mujeres de todas las edades independientemente de su origen étnico o de su condición de clase.

En Perú, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación investigó los hechos acontecidos durante el período de violencia política entre los años 1980 y 2000. A lo largo del conflicto armado que se vivió en ese país, se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos, ya sea en sus incursiones en las zonas de emergencia o durante las detenciones e interrogatorios. Los testimonios señalan que a las mujeres les introducían en la vagina cuchillos o palos. Mientras que durante el genocidio que se vivió en Ruanda en la década de los 90, se informó que las mujeres fueron violadas con navajas, chiles picantes (ají) o ácido²⁷.

La violación sexual con animales y objetos también se cometió durante la dictadura de Augusto Pinochet en Chile. Varios casos fueron documentados para la presentación del Informe Sombra al Comité de Naciones Unidas contra la Tortura²⁸; en dos de los de los testimonios se lee:

“(..). Supe cosas terribles, horribles pero no se si las compañeras estén dispuestas a hacerlo público porque es vejatorio, es degradante (...) a una compañera esta paca (policía) de apellido alemán, ella amaestraba perros y tenía perras también en época de celo, yo me imagino que les sacarían el liquido que botan las perras que es muy pasoso y le embetunaban con ese liquido la parte de la vagina de la compañera, la amarraron en la postura de un perro, entonces ella no se bañaba en conjunto con nosotras, y la respetábamos mucho.....al principio otras compañeras decían, esta porque no se baña, y supimos que a ella se la violaban los perros, tenía todo el estómago con las garras de perro...” “Me forzaban a hacer actos sexuales con un perro que había sido entrenado para participar en torturas. Colocaban ratas adentro de mi vagina, y luego me daban choques con electricidad. Al recibir el choque, las ratas se desesperaban y hundían sus garras en la carne de mi vagina. Se orinaban y defecaban en mi cuerpo, introduciéndome el virus toxo-plasmosis...”

27 BUNCH, Charlotte; HIJONOSA, Claudis y Reilly Niamh (Editoras): LOS DERECHOS DE LAS MUJERES SON DERECHOS HUMANOS. Edamex. México, 2000. Pág. 106.

28 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women's Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

A estas mujeres concretas, el delito de violación sexual definido en términos tan restrictivos, les impide el acceso a la justicia. Pero el problema no acaba ahí. La construcción del bien jurídico en los delitos sexuales agrava la situación en perjuicio de las mujeres. En nuestras legislaciones, se define el bien jurídico con términos tales como la “honestidad”, la “moral sexual”, el “honor”, la “honra”, el “pudor”, que son términos que hace referencia al lugar social atribuido a las mujeres y no a sus derechos.

Al respecto Miriam Cugat dice: *“El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a cosificar el objeto de protección, que se relaciona con la “virginidad” o “pureza” de la mujer, tal codificación explica el extendido uso de expresiones que presentan la relación sexual como un acto de “entrega” de la mujer. En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse “violado”. Después de apartar (“expropiar”) el objeto de protección de la mujer, se traslada no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores “supra-individuales”, con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella”*²⁹.

Uno de los aspectos importantes a partir de esta constatación es que la violación, ubicada en una posición y bajo un bien jurídico que restringe su mirada ha sido pese a ello considerado como tortura de acuerdo a los términos contenidos en el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes o Castigos (CAT).

Este reconocimiento de fronteras más amplias en relación a la violación es para el caso chileno por ejemplo un elemento relevante en el proceso de verdad, justicia y reparación de las víctimas mujeres, en los que la violencia sexual se practicó “en la totalidad de los centros de detención, fueran estos legales o ilegales, en todo el período de la dictadura³⁰, y tanto en las sesiones de tortura propiamente tal como fuera de estas. Sus perpetradores pertenecían a todas las ramas de las Fuerzas Armadas y a los organismos de represión

29 Cugat, Miriam: *op. cit.* Pág. 77

30 Cabe distinguir para estos efectos que en una primera etapa la represión fue masiva para posteriormente, a partir de la creación de la Central Nacional de Inteligencia pasar a ser mas selectiva, referida en particular a las mujeres militantes de partidos de izquierda oficialistas o no respecto del régimen derrocado.

creados por el régimen militar³¹. Sus víctimas fueron mujeres militantes en su mayoría o bien relacionadas con hombres (maridos, convivientes, hijos) que militaban en partidos políticos que apoyaron el gobierno derrocado o que emergían como oposición a éste; organizaciones sociales y sindicales (que seguían funcionando en la clandestinidad o que se fueron formando como resistencia a la política de represión). Cubren el ciclo de vida de las mujeres y pertenecen a posiciones económicas diferenciadas³².

En Guatemala, durante más de 30 años tuvo lugar una guerra civil entre las fuerzas del gobierno y el grupo guerrillero Unidad Revolucionaria Guatemalteca (URNG), dejando un saldo estimado de 200.000 víctimas. El conflicto concluyó con la firma de los llamados “Acuerdos de Paz”, el 29 de Diciembre de 1996.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas por el gobierno guatemalteco y la guerrilla entre 1962 y 1996, determinó que aproximadamente una de cada cuatro víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia fueron mujeres. Durante este período la violación sexual fue una práctica generalizada y sistemática, realizada por agentes del Estado en el marco de la estrategia contrainsurgente, llegando a constituirse en una verdadera arma de terror³³.

En Colombia, la situación de las mujeres es especialmente grave pues *“los actores armados privilegian la violencia como la clave para el control social. Buscan disciplinar el comportamiento de las mujeres: el derecho a decidir libremente sobre sus afectos y relaciones amorosas, su cuerpo y su sexualidad, y con ello fortalecen los roles tradicionales de género que abundan las desigualdades de poder en las relaciones entre hombres y mujeres”*³⁴.

31 Dirección Nacional de Inteligencia y Centro Nacional de Inteligencia.

32 *op. cit.* 28.

33 <http://serpiente.dgsca.unam.mx/cinu>

34 Este punto ha sido trabajado sobre la base de los informes que se detallan:

1. Informe de derechos humanos de mujeres - 2004, presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119º período de sesiones. Audiencia temática - Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia. 2 de marzo de 2004. Elaborado por: Presentado por: Red Nacional De Mujeres, Organización Femenina Popular, ANMUCIC, Confluencia Nacional De Redes De Mujeres, Iniciativa De Mujeres Colombianas Por La Paz, Mesa De Trabajo “Mujer Y Conflicto Armado”, Grupo Mujer Y Sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa De La Mujer, Corporación

Según el “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las mujeres en Colombia” presentado al Comité de Derechos Humanos en su sesión No. 80 de marzo de 2004, las mujeres son las principales víctimas de la violencia sexual, especialmente de las violaciones, con un 85.7%, por cada 6 mujeres agredidas se cuenta 1 hombre igualmente agredido. De cada doce mujeres agredidas menores de 17 años, una de ellas resulta embarazada. Una de cada 23 personas agredidas presenta alguna enfermedad de transmisión sexual.

Una de las mayores preocupaciones es la realidad de las mujeres en situación de desplazamiento, quienes en su mayoría, relatan cómo en los hechos violentos que generaron el desplazamiento, se han presentado actos de violencia sexual contra ellas y sus hijas o familiares. El 35.5% de las mujeres desplazadas por causa del conflicto armado han sido forzadas a tener relaciones sexuales con desconocidos, frente al 28.8% de mujeres que han sufrido violencia sexual por desconocidos a nivel nacional. Aproximadamente un 85.7% de las víctimas de violencia sexual son mujeres.

En la región, el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR)³⁵ es el único que cuenta con análisis diferenciados de los impactos de la violencia entre mujeres y hombres. El Informe señala que las violaciones sexuales fueron una práctica constante durante el conflicto armado, practicada por agentes estatales (miembros de la Marina de Guerra, Ejército y de las Fuerzas Policiales) pero también, por miembros de los grupos subversivos (PCP-SL y MRTA), aunque en menor medida. De un total de 538 casos de violación reportados, 527 tenían como víctimas a las mujeres.

SISMA Mujer, Mesa Mujer Y Economía, Comisión Colombiana De Juristas, Planeta Paz.

2. Informe de derechos humanos de mujeres - 2004: La Situación De Los Derechos Humanos De Las Mujeres En Colombia: El Conflicto Armado La Política De Seguridad Democrática. Presentado a :Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119º período de sesiones.

Audiencia temática - Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia, 2 de marzo de 2004. Por: Red Nacional De Mujeres, Organización Femenina Popular, ANMUCIC, Confluencia Nacional De Redes De Mujeres, Iniciativa De Mujeres Colombianas Por La Paz, Mesa de Trabajo “Mujer y Conflicto Armado”, Grupo Mujer y Sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa de La Mujer, Corporación SISMA Mujer, Mesa Mujer Y Economía, Comisión Colombiana de Juristas, Planeta Paz.

35 ABUSARUWANKU: Violación de Mujeres: silencio e impunidad. COMISEDH - Movimiento Manuela Ramos. Lima Perú. Noviembre, 2003. Pág. 87 y ss.

Los responsables de estos crímenes eran agentes de fuerzas de seguridad del Estado, aunque también los grupos subversivos especialmente entre los años 1995 y 1996.

Respecto a su origen étnico, se trata en su mayoría de mujeres quechua-hablantes de la zona andina (73%), especialmente de Ayacucho (51%), el 48% tenía entre 20 y 30 años y el 8% eran niñas menores de 10 años. El 80% vivía en zonas rurales.

La mayor cantidad de víctimas fueron mujeres jóvenes (entre 10 y 29 años de edad); de estas la proporción de jóvenes adolescentes violadas por el PCP-SL fue mayor que la cometida por los agentes estatales. Seguramente esto tiene que ver con la práctica de reclutamiento forzado practicada por el PCP-SL, durante el conflicto armado en el Perú. Desde los agentes del Estado, la violación era ejecutada como una manera de escarmentar a las mujeres de Sendero Luminoso. Este es un comportamiento clásico de los militares que convierten a la violación sexual en un arma de guerra.

Otra característica importante es que la violación sexual se produce en las más diversas situaciones: detenciones, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales. Este hecho todavía no ha sido comprendido a cabalidad y en la práctica la violación sexual se entiende como un hecho de menor importancia o como un “daño secundario”.

En este contexto no es difícil entender porqué las mujeres no denunciaban los actos de violencia sexual que vivieron a pesar de las consecuencias nefastas que provoca, tanto en lo físico, como en lo psicológico y emocional.

Los caminos hacia la Justicia

Los genocidios en Ruanda y Yugoslavia cambiaron totalmente las nociones sobre violencia sexual en general y violación sexual en particular. La primera Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias Radhika Coomaraswamy³⁶ documentó a profundidad la si-

36 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

tuación en estos países. En sus reportes, sobre Ruanda afirma que en el conflicto de 1994, alrededor de 500.000 mujeres fueron torturadas, violadas, mutiladas y masacradas.

En Bosnia-Herzegovina, el número de mujeres y niñas violadas, de entre 7 y 65 años, asciende a 60.000³⁷; habiendo sido atacadas en sus domicilios por soldados de su misma localidad o forasteros. También fueron violadas sexualmente, por soldados y policías, las mujeres prisioneras de guerra en los centros de detención. Las violaciones se produjeron de una manera organizada y sistemática, es decir era una práctica que buscaba fines concretos.

La violencia sexual cometida a esta escala tan atroz, dejó en claro que la violación sexual de las mujeres se utilizó como una verdadera arma de limpieza étnica para destruir su psiquis, su capacidad de tener hijos y sus lazos familiares y comunitarios, tanto en Ruanda, como en la ex Yugoslavia.

La comunidad internacional, los grupos defensores de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales, los grupos de mujeres hicieron presión ante el sistema de Naciones Unidas para exigir la creación de Tribunales Especiales encargados de juzgar estos delitos. Este es el contexto en el que fueron creados los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia:

- El 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 808, crea el Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las serias violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de

37 El Informe sobre Agresión y Violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslaviaseñala que el 22% de todos los delitos imputados por la Oficina del Fiscal eran agresiones sexuales; al 41% de los acusados por la Oficina del Fiscal se les ha imputado, entre otros, delitos de agresión sexual; al 50% de todas las personas que ocupaban puestos de mando acusadas por la Oficina del Fiscal se les ha imputado delitos de agresión sexual cometidos por sus subordinados; y al 18% de todas las personas que ocupaban puestos de mando acusadas por la Oficina del Fiscal se les ha imputado personalmente la comisión de los delitos de agresión sexual. Quincuagésimo primer período de sesiones de Naciones Unidas A/51/557 (25 de octubre de 1996). Cuestiones relativas a los Derechos Humanos: situaciones relativas a los Derechos Humanos e informes de relatores y representantes especiales. Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia. Informe del Secretario General. Pág. 22.

Ver también <http://www.europarl.eu.int>

la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, entre el 1º de enero de 1991 y el 25 de mayo de 1993³⁸.

- El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante resolución 955, creó el Tribunal Internacional, como una respuesta al genocidio y las violaciones a Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que venían produciéndose en Ruanda. Aquí cabe destacar que fue importante la colaboración del propio gobierno ruandés, bajo el convencimiento de que esta situación constituía una grave amenaza a la paz y seguridad internacional y que el juzgamiento de las personas responsables por estas violaciones. El Tribunal, contribuiría al proceso de reconciliación nacional, restauración y mantenimiento de la paz en Ruanda y la región.

Aunque la violación de mujeres es una constante histórica en las guerras, sólo en 1993 y 1995, con la creación de los tribunales ad hoc para el tratamiento de los crímenes de guerra cometidos en las guerras de la exYugoslavia y Ruanda, la violación aparece especificada como delito de lesa humanidad. Los pronunciamientos de estos Tribunales sentaron las bases para los importantísimos precedentes en materia de tipificación y sanción de crímenes sexuales contra las mujeres.

En 1997, se constituyó el Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, con la participación de activistas feministas y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, presionó por la incorporación de una perspectiva de género en las negociaciones que conducirían al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI)³⁹. Entre las propuestas presentadas por el Caucus, estaba la tipificación de la violación como un crimen de guerra y de lesa humanidad, definiéndolo como: *“la invasión física de naturaleza sexual, incluida pero no limitada a la penetración aunque leve, cometida en contra de una persona bajo circunstancias que son coercitivas, o sin consentimiento”*.

38 www.un.org/icty

39 El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género participó de las discusiones sobre los contenidos del Estatuto de Roma, presentaron propuestas técnicas y diseñaron toda una estrategia de lobby y abogacía. El Estatuto de Roma constituye el ejemplo más significativo de la transversalización del género en un tratado internacional, logrado a través del trabajo del Caucus. En: <http://www.muje-resboy.com>

Los elementos de esta definición son:

Invasión: sobrepasa la penetración únicamente del pene; incluye sexo oral y mutilaciones sexuales o reproductivas (fusión de decisiones Akayessu, Celebeci y Furundzija).

Circunstancias que son coercitivas: deben ser usadas para expresar el elemento de violencia o compulsión asociadas con crímenes de violencia sexual. Deben abarcar situaciones de violencia o amenaza de violencia, prisión, detención, opresión psicológica (todas estas reconocidas en la Regla 96 de los Tribunales ad hoc) y también otras formas de coerción incluida la extorsión, el abuso de autoridad, privación de o promesa de medios de subsistencia que afectan a la víctima o a terceros.

El término coerción es preferible al de fuerza ya que permite ubicar situaciones amenazantes menos directos pero que están presentes en los casos que tienen que ver con la jurisdicción de la Corte. En casos de conflicto, las circunstancias son inherentemente coercitivas.

Una vez establecidas las circunstancias coercitivas, la resistencia física o la falta de consentimiento de la víctima no necesita ser comprobado.

Esclavitud sexual

Para el Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, la esclavitud sexual tiene dos elementos:

- a) El ejercicio de alguna o todas las formas de poder articuladas al derecho de propiedad o control; y,
- b) Cuando este ejercicio involucra la obtención o imposición de servicios sexuales o el acceso a través de violación u otras formas de violencia sexual.

El reconocimiento de la anti-juridicidad de estas conductas es reciente, en esta definición de esclavitud sexual se incluyen, entre otras: la explotación de la prostitución ajena, los matrimonios forzados, el turismo sexual y el uso

de Internet con fines de explotación sexual, y otras prácticas que signifiquen el tratamiento de las mujeres como propiedad.

Uno de los casos más importantes es el de las llamadas “Mujeres de Solaz” o “Comfort Women” en inglés. Entre 1932 y el final de la Segunda Guerra Mundial⁴⁰. El Ejército japonés secuestró y esclavizó sexualmente a más de doscientas mil adolescentes y mujeres no-japonesas de los territorios ocupados por Japón. La mayoría de estas mujeres esclavas sexuales procedían de Corea, pero otras fueron traídas de China, Indonesia, Filipinas y otros países asiáticos bajo control japonés. Muchas eran jóvenes entre 11 y 20 años de edad.

Los militares japoneses fueron responsables de la creación, funcionamiento y dirección de las residencias “de solaz” y en muchos casos participaron en el secuestro de mujeres y proporcionaron transporte militar para conducir las a estas residencias “de solaz” situadas en algunas islas del Pacífico Sur.

Se utilizaron varios métodos de reclutamiento de mujeres, incluida la violencia física, el rapto y el engaño, para llevar a cabo la política oficial de “proporcionar servicios sexuales” a los soldados japoneses. Debe quedar muy claro que no se trató de prostitución porque en la prostitución se produce en el contexto de dos adultos que consienten y acuerdan términos monetarios. Este no es el caso de las esclavas sexuales en los campos japoneses porque ellas no consintieron, sobre ellas se ejerció el uso de la fuerza.

Las víctimas han declarado que fueron sometidas a múltiples violaciones todos los días, sufrieron graves daños físicos y estuvieron expuestas a enfermedades de transmisión sexual. Aunque no existe una estimación segura sobre el número de mujeres que perecieron en estas circunstancias. Los relatos de las mujeres que sobrevivieron y que recientemente se han presentado a contar sus sufrimientos, sugieren que murieron muchos millares durante la guerra⁴¹.

40 COPELON, Rhonda: Crímenes de Género como Crímenes De Guerra: Integrando Los Crímenes contra las Mujeres En El Derecho Penal Internacional. Traducción Lorena Fries. McGill Law Journal. 2000.

41 Véase el informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer (E/CN.4/1995/42, párrs. 286 a 292); el informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 18º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1993/30, párrs. 80 a 87) y de su 19º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1994/33, párrs. 89 a 97); véase también Ustinia Dolgopol y Snehal Paranjabe, Comfort Women: an Unfinished Ordeal, Comisión Internacional de Juristas, Suiza, 1992.

Este no es el único caso de esclavitud sexual. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia informó de la existencia de pruebas claras de la detención y cautiverio de mujeres Croatas y Serbias, en campos especiales organizados únicamente con el propósito de cometer delitos sexuales. “Las mujeres permanecieron en estos campos durante largos períodos de tiempo donde fueron repetidamente violadas. Parecería que ni los militares ni las autoridades políticas han hecho intento alguno para poner fin a esta práctica⁴².”

También en Argelia, entre 1994 y 1998, mil seiscientas niñas y jóvenes argelinas fueron secuestradas y reducidas a esclavitud sexual por grupos itinerantes de islamistas armados.

En nuestra región, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú documentó algunos casos de esclavitud sexual en las décadas de los 80 y 90. Uno de los más representativos y que ha sido ampliamente documentado en informes de las organizaciones de derechos humanos, se refiere al líder senderista conocido como Feliciano. Al momento de su captura fue detenido con algunas mujeres que habían sido secuestradas desde niñas, obligadas a permanecer en la guerrilla y sometidas a esclavitud sexual.

Amnistía Internacional, ha constatado que los grupos armados ilegales en Colombia han secuestrado a mujeres y niñas para someterlas a esclavitud sexual. En Putumayo diversas fuentes indican que las madres están sacando a sus hijas de la zona por miedo a los paramilitares. “Si las chicas no acceden a sus pretensiones, amenazan de muerte a los padres. También la presión de las FARC sobre las menores se hace sentir en esta zona. Una joven mujer contó que las utilizaban si ellos querían relaciones sexuales. Las obligaban delante de todos. Les ponían inyecciones dicen que para planificar. Las azotaban cuando no cumplían las tareas”⁴³.

42 E/CN.4/1993/50

43 Colombia: cuerpos marcados, címenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. En <http://web.amnesty.org>

La esclavitud sexual en tiempos de paz

La esclavitud sexual no sucede solamente en tiempos de guerra o conflicto armado interno. En los llamados “tiempos de paz”, ésta toma la figura de tráfico de personas para la industria del sexo. Los antecedentes recopilados sobre el tráfico de mujeres para su explotación sexual apuntan a que este fenómeno está creciendo de manera alarmante: se estima que, en todo el mundo 4 millones de personas son víctimas de este delito. En términos económicos este delito mueve cada año entre 7 mil millones y 10 mil millones de dólares⁴⁴.

Según datos de la Conferencia Mundial Sobre el Racismo celebrada en Durban, se calcula que entre 45,000 y 50,000 mujeres, niñas y niños son trasladados cada año por los traficantes únicamente hacia los Estados Unidos. Naciones Unidas estima que todos los años son introducidas clandestinamente de 300,000 a 600,000 mujeres en la Unión Europea y en algunos países de Europa Central.

El delito también está muy generalizado en África y América Latina. Además, todos los años más de 4 millones de inmigrantes ilegales son objeto de tráfico a través de las fronteras por grupos delictivos que obtienen ganancias estimadas en 7 mil millones de dólares⁴⁵.

Marco de Derechos

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños⁴⁶ establece que por “*Trata de personas*” se en-

44 <http://www.mujereshoy.com/secciones/987.shtml>

45 <http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fechas/Abolicion-Esclav.htm>

46 El Protocolo entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003. A partir de mayo de 2004, 117 Estados son signatarios y 50 lo han ratificado. El Protocolo está diseñado para fortalecer y mejorar la cooperación internacional con el propósito de prevenir y combatir la trata de personas y mejorar la protección y asistencia a víctimas de trata. La ratificación del Protocolo obliga a los Estados a fortalecer su legislación nacional y apoyar internacionalmente la coordinación del orden público para combatir la trata de personas.

Existen otros instrumentos internacionales que nutren el marco jurídico de la trata de personas entre los cuales destacan: Convención sobre la Esclavitud suscrita en 1926; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Aná-

*tenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*⁴⁷.

Uno de los elementos más importantes de esta definición es que no se limita a aquellas situaciones en que se haya empleado la fuerza, el fraude o el engaño, sino que abarca también “el abuso de poder” o de una situación de “vulnerabilidad”, que es casi siempre una condición de individuos y/o sectores específicos, resultado ante el cual, quedan en particular expuestos a factores adversos que minimizan o desaparecen las garantías básicas.

El Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud perteneciente al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha advertido que la discriminación, en especial la fundada en el sexo y por motivos raciales es uno de los numerosos factores que perpetúan la esclavitud. De ahí la necesidad de que los Estados tomen medidas eficaces para reformar las legislaciones penales nacionales y expresa su preocupación porque en ciertos países se impone a los traficantes penas que no son proporcionales a la gravedad de los delitos que han cometido⁴⁸.

logas a la Esclavitud de 1956; Convenciones de las Naciones Unidas sobre la trata de personas; Convenio sobre la abolición de trabajo forzoso de 1957; Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Mujeres y Niños que complementa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobados ambos en el 2000; Declaración aprobada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban, Sudáfrica en 2001.

47 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3040.pdf>

48 Comisión de Derechos Humanos: Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 55º período de sesiones. FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE LA ESCLAVITUD: Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 28º período de sesiones. 27 de junio de 2003.

Prostitución forzada

En general la prostitución forzada se produce de manera vinculada con la trata de personas y consiste en la coacción que ejerce un tercero en una persona para obligarla a dedicarse a la prostitución. El autor u otra persona obtienen, o esperan obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos⁴⁹.

En febrero del 2005, Amnistía Internacional hizo público el caso de una mujer moldava que afirmó que políticos, jueces, policías y funcionarios de Montenegro las torturaron y violaron a ella y a otras mujeres de la Europa del Este que, como ella, habían sido víctimas de trata y retenidas como esclavas sexuales.

Se cree que la mujer moldava, conocida por las iniciales S. C., fue introducida mediante trata en Montenegro y obligada a trabajar como prostituta entre 1999 y noviembre de 2002, fecha en que encontró cobijo en un Refugio para Mujeres de la capital, Podgorica. Esta mujer, de 28 años y madre de dos hijos, padeció espantosos abusos físicos y sexuales durante más de tres años, a consecuencia de los cuales sufrió lesiones graves como la fractura de siete huesos, lesiones internas que le impedían sentarse sin sufrir dolor, cicatrices de espaldas, quemaduras de cigarrillo en los genitales y contusiones en la boca.

Las autoridades Montenegriñas están obligadas por el derecho nacional como internacional a llevar ante la justicia a los responsables y a garantizar que la víctima (S.C) reciba una indemnización por los daños sufridos. Sin embargo, según la información de que dispone Amnistía Internacional, no se ha llevado a nadie ante la justicia por la trata con fines de prostitución forzada y la tortura de S. C., y esta mujer no ha recibido indemnización alguna⁵⁰.

Otro de los casos documentados, es el de las mujeres y niñas que son objeto de tráfico para la prostitución forzada en Kosovo. Las víctimas proceden de los países más pobres de Europa, en su mayoría de Moldavia, Bulgaria, Ucrania; la mayor parte de ellas llega vía Serbia. En el 2003 había más de 200 bares, restaurantes, clubes y cafés donde las mujeres y niñas, objeto de tráfico, habrían sido sometidas a prostitución forzada. Se conocen que ellas

49 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma.

50 http://www.lainsignia.org/2005/febrero/der_004.htm

recibían palizas y eran violadas por los “clientes”, los “propietarios” y otras personas. Muchas mujeres viven virtualmente prisioneras en un apartamento, habitación o sótano. Durante el día son obligadas a trabajar en los bares y cafés; luego son encerradas en una habitación donde deben recibir de 10 a 15 clientes por noche.

Según los informes, entre el 15 y el 20% por ciento de las víctimas eran menores de 14 años y a pesar de que se han presentado algunas denuncias, las mujeres que han declarado como testigos ante un tribunal han recibido poca o nula protección frente a las personas que han traficado con ellas. Durante el proceso las mujeres pueden ser objeto de prejuicios y discriminación. Hasta la fecha, ninguna mujer o niña objeto de trata de personas ha recibido reparación por el daño sufrido⁵¹.

Las víctimas quedan reducidas a una dependencia total del “propietario” de los locales, pues les arrebatan sus documentos de identidad y las amenazan con hacerlas deportar, se enferman, puede que les nieguen el acceso a la asistencia médica. Carecen de condición jurídica y se les niegan los derechos básicos. Aun si logran escapar o son “rescatadas” por la policía, algunas mujeres sufren violaciones de derechos humanos a manos de los agentes, y son detenidas y encarceladas por delitos relacionados con la prostitución o la inmigración ilegal.

Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha denunciado que muchos de los “clientes” de estas mujeres eran los militares pertenecientes a las fuerzas internacionales, estando algunos de ellos implicados en el proceso de tráfico.

Además, organizaciones no gubernamentales han detectado que muchas niñas y mujeres albano-kosovares están llegando a países de la Unión Europea, como Italia, Holanda o Reino Unido, a través de redes de tráfico de mujeres para la prostitución forzada⁵².

Las autoridades locales han reaccionado con lentitud ante este problema y rara vez se ha procesado a los traficantes, más aún, algunas organizaciones locales y la propia OIM, han indicado que existen casos de complicidad oficial.

51 <http://web.amnesty.org/actforwomen/stories-9-esl>

52 <http://www.rebellion.org/internacional/040507kosovo.htm>, 7 de mayo del 2004.

Pero el problema no es solo la impunidad, sino que además las mismas víctimas, son sancionados por estos actos, así en Irán Leyla Mafi, sometida a prostitución forzada desde la edad de 8 años, fue condenada por ejercer la prostitución y mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio⁵³.

Amnistía Internacional, también cita casos de prostitución forzada en Colombia, donde se ha obligado a mujeres y niñas a ejercer la prostitución. Según los informes, en el 2002, en la ciudad de Barrancabermeja, 15 adolescentes que habían sido obligadas a ejercer la prostitución.

Embarazo forzado

El “embarazo obligatorio o forzado” fue reconocido como violación de los derechos de las mujeres en las Conferencias Internacionales de Viena (1993) y Beijing (1995) es en el Estatuto de Roma, en donde se incluyó entre los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En efecto, en la elaboración de los Estatutos fueron muy importantes las denuncias y la documentación de casos en la ex Yugoslavia, durante los años 1992-1993, contra las mujeres bosnias musulmanas por las fuerzas militares serbias en la región de Bosnia-Herzegovina. También jugó un papel clave la denuncia y la presión internacional sobre el Genocidio en Ruanda en 1994.

Al respecto, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer señaló que se considera que las violaciones masivas, los abusos sexuales y los embarazos forzados de mujeres en Bosnia y Herzegovina constituyeron un elemento importante de la política serbia de “limpieza étnica”⁵⁴; consecuentemente el embarazo forzado es considerado además como uno de los actos por medio del cual se puede configurar el delito de genocidio.

El Ministerio de Higiene y Salud Pública de Bosnia-Herzegovina reveló que entre abril de 1992 y abril de 1993, unas 38.000 mujeres bosnias fueron violadas por soldados serbios, algunas embarazadas y detenidas en campos

53 <http://web.amnesty.org>

54 Comisión de Derechos Humanos, 47º período de sesiones, Formas contemporáneas de esclavitud: Documento de trabajo sobre la situación de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra, incluso en los conflictos armados internos (E/CN.4/1995/42, párr. 268), presentado por la Sra. Linda Chavez en cumplimiento de la decisión 1994/109 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1995/38 13 de julio de 1995.

de concentración para obligarlas a llevar a término su embarazo, como medida de “purificación étnica”. Muchas mujeres parieron y luego se suicidaron. Unos 3000 niños quedaron así abandonados.

En Ruanda, durante el conflicto, entre 1994 y 1995, se habría utilizado la práctica del embarazo forzado, pues la oficina ruandesa de demografía estima que las sobrevivientes al genocidio han dado a luz entre 2000 y 5000 “niños de malos recuerdos”; es decir que eran el resultado de esta forma de imposición sobre el cuerpo y la capacidad reproductora de las mujeres⁵⁵.

El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, durante la reunión de la reunión preparatoria N° 6 de la Corte Penal Internacional, realizada en New York en marzo y abril de 1998, propuso que en el Estatuto de Roma, se tipificara el embarazo forzado como un crimen de guerra y de lesa humanidad, definiéndolo así: “El embarazo forzado consiste en ejercer el control, (como si fuera un confinamiento físico), sobre una mujer embarazada asegurándose la continuación de su embarazo o el nacimiento de su hijo en contra de su voluntad. Este embarazo puede ser el resultado de una violación, pero no siempre esta es la causa”.

Sin embargo, la inclusión de este delito en el Estatuto de Roma no fue fácil, pues tuvo una fuerte oposición, especialmente del Estado Vaticano y de los países musulmanes. El Vaticano propuso que el término “embarazo forzado”, fuera reemplazado por las palabras “fecundación forzada” (“forced impregnation”). Para el Estado Vaticano, esta fórmula implicaba que: “se considerará crimen, al acto perpetrado por un violador con el propósito de producir un embarazo”, por lo tanto, no se podrá considerar como un crimen el estado de embarazo, como se interpretan las palabras “embarazo forzado”. Además acusó a algunas Organizaciones No Gubernamentales (ONG’s) de querer imponer un criterio del que podría derivarse un supuesto derecho y hasta la obligación de la mujer a abortar en ciertos casos.

Para la autora Rhonda Copelon, *“un embarazo no deseado es un servilismo involuntario y por lo tanto el aborto es un instrumento indispensable para que*

55 Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 55° período de sesiones. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

la mujer sea lo que quiera ser y participe en todas las esferas de la vida"⁵⁶. Consecuentemente se considera como forzado a todo embarazo que la mujer no pueda interrumpir (abortar) en cualquier momento, en cualquier circunstancia y en cualquier país, a causa de impedimentos culturales, religiosos y/o legales, lo cual termina siendo atentatorio para los derechos de las mujeres.

Más aún, obligar a una mujer a continuar un embarazo forzado, también podría considerarse como un trato cruel, que está prohibido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy, al referirse a este tema ha afirmado: *"Los abortos forzados, la anticoncepción forzosa, el embarazo mediante coacción y los abortos en condiciones poco seguras constituyen violaciones de la integridad física de la mujer y la seguridad de la persona. Por ejemplo, en los casos en que los funcionarios del gobierno utilizan la fuerza física y/o detienen a las mujeres para obligarlas a someterse a esos procedimientos, las prácticas pueden equivaler a la tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes"*⁵⁷.

Adicionalmente, actos como el embarazo y la esterilización forzada violan uno de los derechos reproductivos establecido en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su Art. 16, según el cual los Estados Parte están obligados a asegurarán a las mujeres *"...los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos."* Es decir que está prohibida toda regulación que coarte el derecho de las mujeres a decidir sobre la reproducción.

Esterilización forzada

A lo largo de la historia se han documentado varios casos de esterilización forzada. En la segunda guerra mundial, esta práctica fue parte constitutiva del genocidio cometido por Alemania. Según algunas estimaciones, se habría esterilizado entre 700 y varios miles de mujeres. Una judía checa, Margita

56 COPELON, Rhonda: "Losing the negative right of privacy: building sexual and reproductive freedom" 18 N.Y. University Review of law and social change 15, 40 1991.

57 <http://www.puertovida.com/noticiasmglobales>

Newmann, contaba como la llevaban a un cuarto oscuro ocupado por aparatos de radiología: *“El Dr. Clauberg me ordenó acostarme sobre la mesa de examen ginecológico, y pude observar a Silvia Friedmann que preparaba una jeringa. El Dr. Clauberg me puso una inyección en la matriz, tuve la impresión que mi vientre iba a reventar de dolor. Empecé a gritar mientras el Dr. Clauberg me amenazaba con enviarme al campo de Birkenau si no paraba.”*

Para la esterilización se usaba rayos X, para lo cual se introducía a las mujeres entre dos placas que les presionaban el abdomen y la espalda. En el caso de los varones, sus penes y escrotos eran puestos sobre una placa especial. Luego de la aplicación de rayos X, muchas mujeres salían con “quemaduras importantes” que a veces se infectaban y necesitaban muchos meses para curar. En muchos casos se presentaban síntomas de peritonitis, con fiebres, dolores agudos y vómitos. Luego de la exposición a los rayos X se practicaba quirúrgicamente la ablación de los ovarios⁵⁸.

En Estados Unidos tomó forma un tipo de vasectomía hacia finales del siglo XIX aplicado en una institución penitenciaria. En 1920, se aprobaron leyes que permitían la esterilización obligatoria, en 25 estados, de criminales y otras personas consideradas inferiores en el plano genético.

Desde 1988, Stephan Mumford y Elton Kessel, investigadores norteamericanos, exportan píldoras esterilizantes hacia los países del Tercer Mundo, a través de la Fundación Mumford. Gracias a la complicidad de diferentes gobiernos, muchas mujeres han sido esterilizadas sin saberlo en 20 países; 50.000 mujeres en Vietnam, 26.000 en la India, 15.000 en Pakistán, 5.000 en Chile, 4.700 en Bangladesh, 900 en Indonesia, 700 en Costa Rica⁵⁹.

Durante la década de los noventa, en la presidencia de Alberto Fujimori, en Perú, tuvo lugar una campaña de esterilización forzada masiva escondida bajo la forma de programas de planificación familiar. La abogada peruana Giulia Tamayo elaboró un informe denominado “Nada personal”, en el cual se denunciaron los abusos cometidos en la campaña de esterilización forzada: engaño, violencia, amenazas contra la persona objeto de esterilización o hacia su cónyuge, esterilización a cambio de comida, esterilización durante otra operación: (post-parto, post-aborto...), engaño sobre el carácter irreversible

58 Historia de las campañas de esterilización forzada a través del mundo. En: [//www.nodo50.org/lekintza](http://www.nodo50.org/lekintza)

59 *Idem*.

de la operación, sistema de cuotas a nivel nacional exigida por el gobierno a los médicos.

Se han presentado dramáticos testimonios que dan cuenta de cómo operaba este programa, así Hilaria Huamán cuenta que estaba embarazada del que sería su último hijo. Tenía 41 años de edad en 1998. Vivía en uno de los caseríos más pobres de la provincia cusqueña de Anta. Luego de dar a luz a su hijo, en uno de los controles post parto, recibió la noticia que había sido sometida a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas sin su consentimiento: *“Yo iba para que me controlen y un día me dijeron con engaños que me iban a hacer una limpieza y por el contrario me ligaron las trompas y encima me dejaron gasa en el útero; cuando les reclamé me insultaron”*, narró entre sollozos.

Mery Velásquez Delgado, de 26 años acudió al mismo centro de la localidad de Anta para que chequeen a uno de sus dos niños y terminó inutilizada para la reproducción.

Afirmó que para lograr su cometido, el personal médico llevó la autorización para la esterilización definitiva a su marido, para que lo firme, sin decirle para qué era. *“Ahora tengo problemas con él porque no puedo tener más hijos, no tengo comprensión con él”*, manifestó.

Otro de los casos emblemáticos y dramáticos es de Sabina Huilca, a quien igualmente el personal del centro de salud en Anta le ligó las trompas, sin su consentimiento. *“Después que me hicieron eso, volví a los ocho días porque ya no aguantaba más el dolor y allí sólo me dieron un mejoral. Con esto te pasará me dijo un enfermero”*. declaró⁶⁰.

En México, indígenas de la comunidad Me phaa de El Camalote, Municipio de Ayutla, presentaron su queja por esterilización forzada mediante engaño ante la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero.

El caso es que el 15 de abril de 1999 y el 11 de julio del 2001, fueron cooptados por la brigada sanitaria compuesta por el médico General operativo Ernesto Guzmán León, por el promotor médico Rafael Almazán Solís y por la enfermera Mayra Ramos Benito, quienes les prometieron diversos beneficios gubernamentales como la construcción de un Clínica en su comu-

60 <http://www.resistencia.org/forum/messages/21.php3>

nidad donde estaría un médico de planta y que la clínica iba a tener todos los medicamentos necesarios para su atención, a cambio de que aceptaran esterilizarse a través de la vasectomía. Además les dijeron que les darían des-pensas, ropa, cobijas, vivienda y que cada año les proporcionarían una beca para sus hijos.

Anteriormente, en la región Nasavi de la Costa Montaña, concretamente en las comunidades de La Fátima, Ojo de Agua y Ocotlán, también del Municipio de Ayutla Guerrero, varios indígenas habían sido convencidos de esterilizarse bajo el mismo método de promesas y engaños. Con lo que suman 30 indígenas que han sido víctimas del mismo método anómalo de esterilización. Si bien los Me phaa y los Na savi expresaron su consentimiento para la vasectomía, dicha voluntad fue motivada a causa de las promesas anómalas expresadas por la brigada sanitaria, mismas que al pasar del tiempo no fueron cumplidas⁶¹.

A pesar de que la práctica de la esterilización forzada ha sido tan generalizada, fue solo a partir de la vigencia del Estatuto de Roma que se le consideró como crimen de guerra y de lesa humanidad. Para la tipificación de este delito en el Estatuto de Roma, el Caucus de Mujeres consideró que los elementos más sobresalientes son:

- (i) Intencionalmente
- (ii) Realizar o practicar un tratamiento médico o quirúrgico u otro acto
- (iii) Que tendrá como resultados la esterilización de la persona
- (iv) Sin informarle a la persona o sin su consentimiento voluntario

Otras formas de violencia sexual

El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género sugirió que el Estatuto de Roma considere también como crímenes de guerra y de lesa humanidad, la comisión de otros actos de violencia y que la definición del crimen incluya que el acusado(a) cometió un acto de naturaleza sexual sobre una persona o personas, bajo circunstancias coercitivas, o sin consentimiento, las formas de violencia sexual pueden ser de carácter invasivo y no invasivo.

61 <http://www.tlachinollan.org/Noticias/n27.htm>

La práctica de estas otras formas de violencia sexual también está muy extendida, habiéndose registrado casos en Perú, Colombia, Chile, España y recientemente se conoció a nivel mundial de los actos cometidos por el ejército de Estados Unidos contra los prisioneros iraquíes de guerra que viven bajo situaciones de tortura en la cárcel de Abu Ghraib y que se estarían también cometiendo en Guatánamo; por citar algunos de los casos más conocidos.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú documentó en su informe que los guerrilleros, al igual que los soldados del ejército peruano y miembros de la policía nacional, habían cometido diversas formas de violencia sexual, tanto contra las mujeres detenidas, como durante los interrogatorios. Entre los actos cometidos se citan: chantajes sexuales, acoso sexual o manoseos; desnudez forzada; insultos con connotaciones sexuales; abortos forzados; uniones forzadas; se detectó también mutilaciones sexuales, de pezones o corte del bello púbico, las mismas que afectaron su cuerpo, imagen y sensualidad. Otra de las formas de violencia sexual fueron las uniones forzadas, especialmente en Ayacucho; en donde el PCP-SL decidía las uniones y “persuadía” a las mujeres a aceptar esa unión, ya sea por la fuerza o la amenaza.

En algunos de los testimonios recogidos se lee:

“(...) me llevaron al cuartel de Huancapi y viví en un pasadizo de una cocina, lloré mucho y nadie me apoyaba, me decían cosas obscenas los soldados, me ofendían y ahí vivía(...)”

“Los policías pasaban su miembro por mi cara , por mis ojos, por mis oídos, por mi boca, por mi cuello(...)”

“(...) me golpeaban, primero cachetadas y jalones de cabello, luego en la zona del abdomen y a la altura de los riñones, para después desvestirme y tocar mis partes íntimas. Esto me causó mucha pena y dolor”.

“El que estaba a mi lado empezó a manosearme por los senos y por los genitales”.

“(...) a las mujeres que integraban el “ejército” les prohibieron tener hijos. Cuando una joven salía embarazada, los senderistas le daban la orden de ha-

cerla abortar:” eso se ha estado haciendo continuamente, no permitían que una mujer que participaba en el ejército tenga su hijo”.

En Colombia, una de las prácticas generalizadas de los actores armados que afecta especialmente a las mujeres antes y después del desplazamiento, es la imposición de ‘Códigos de conducta’ de evidente enfoque patriarcal, en los cuales se restringen sus derechos a la libertad, a la autonomía, a la intimidad y al buen nombre, entre otros. El control del tipo de vestido, modo de arreglo personal, hasta la libre elección de su pareja y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, como el decidir libremente si pueden planificar o no, son aspectos que los actores armados entran a regular, desconociendo la autodeterminación de las mujeres y en muchos casos, sus prácticas culturales tradicionales.

Los ataques de grupos armados contra comunidades civiles incluyen generalmente abusos sexuales y mutilaciones de índole sexual. Los testimonios de supervivientes indican que la mayoría de estos crímenes atroces son obra de grupos paramilitares. Uno de los casos que Amnistía Internacional menciona, da cuenta de que entre el 18 y el 21 de febrero de 2000, más de 300 paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) atacaron el corregimiento de El Salado (departamento de Bolívar), en donde mataron a aproximadamente 49 personas. Durante tres días torturaron, estrangularon, acuchillaron, decapitaron, golpearon y dispararon a la población. Las mujeres fueron obligadas a desnudarse y a bailar delante de sus maridos. La mutilación de órganos sexuales y el empalamiento de una mujer embarazada, previamente sometida a violación en grupo, también fueron descritos⁶².

En Guatemala, al igual que en Colombia también se han presentado casos de mujeres embarazadas, cuyos vientres fueron abiertos y luego fueron asesinadas⁶³.

En el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura⁶⁴ por varias organizaciones de mujeres chilenas, a partir de varios testimonios

62 Amnistía Internacional: Cuerpos marcados, crímenes silenciados: Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. AI: AMR 23/040/2004.

63 *web.amnesty.org*

64 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada,

que se recogen, ha sido posible determinar que entre las formas de violencia sexual ejercida por los represores están los desnudos masivos e imposición de participar en orgías y actos sadomasoquistas; desnudez forzada; insultos con connotación sexual (no vales nada, eres fea, puta, no sirves ni para violarte, quizás cuantos se habrán acostado contigo, puta, perra, maraca); amenaza de violación individual o grupal; tocaciones y manoseos de carácter sexual en todo el cuerpo, en los genitales y senos; aplicación de electricidad en los vientres de mujeres embarazadas; “juegos sexuales” forzados; abortos provocados por violaciones y torturas; mordeduras humanas en los senos y pezones; revisiones ginecológicas por personal que no era médico; intimidación para que las víctimas tocaran los genitales a sus celadores o a animales; intimidación para realizar sexo oral con animales; masturbaciones grupales sobre el cuerpo de la víctima atada a un camastro que servía para aplicarle electricidad⁶⁵.

Por su parte, la Organización No Gubernamental española denominada “Grupo Contra la Tortura de Euskal Herria”⁶⁶ informó que muchas personas detenidas en España han relatado haber sido objeto de todo tipo de vejaciones sexuales. Nueve mujeres relataron haber sido desnudadas en dependencias policiales, y mientras han permanecido desnudas han sido víctimas de todo tipo de vejaciones: tocamientos, amenazas de violación (bien por los guardias civiles o bien mediante la introducción de diferentes objetos como palos, porras, vibradores...), amenazas con dejarle embarazada o de no poder tener hijos jamás, simulacros de violación mientras realizaban movimientos obscenos contra ellas, o rozándole el cuerpo con diversos objetos, amenazas con colocarle electrodos en los genitales, obligación de tocarse, obligación de tocarles los genitales a los guardias civiles, colocarle unos alicates en los pezones mientras los hacían girar.

Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women`s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland.

65 *Idem*. Párr.38

66 <http://www.stoptortura.org>

2.2. Consecuencias de la violencia sexual

Las violaciones, torturas, abusos sexuales y otros actos de violencia impactan en los cuerpos, la salud mental, la sexualidad y la salud reproductiva de las mujeres. En sus testimonios, las mujeres que han sobrevivido a la violencia sexual acusan afecciones vaginales, enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, esterilidad.

La violencia sexual en general, y la violación sexual, particularmente tienen efectos devastadores para sus sobrevivientes. La Relatora Especial de violencia contra la mujer de Naciones Unidas establece los daños a varios niveles:

- Daños físicos y fisiológicos que afectan temporal o permanentemente la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres con consecuencias graves para su salud sexual y reproductiva;
- Contagio con enfermedades o infecciones de transmisión sexual, y aumento del riesgo de contraer SIDA, enfermedades inflamatorias de pelvis y cáncer cervical;
- Embarazos no deseados;
- Traumas emocionales profundos que se manifiestan en depresión, incapacidad de concentración, perturbaciones del sueño y la alimentación, sentimientos de enfado, humillación, autoinculpación, estrés posttraumático tendencias suicidas, entre otros;
- Problemas sexuales como frigidez, temor al sexo, funcionamiento sexual disminuido.

En Ruanda se determinó que después del genocidio, la depresión se generalizó entre las mujeres. Según un psicólogo, el 80% de sus pacientes son mujeres y el 50% tienen menos de 25 años. Muchas padecen trastornos psicósomáticos como palpitaciones, náuseas, insomnio y frigidez. Parecen haber sufrido de una pérdida de identidad, no recuerdan nada, no tienen normas por las que guiarse ni metas que alcanzar. Albergan profundos sentimientos de odio y venganza. En el caso de muchas mujeres esos problemas se agudizan aún más ya que, al haber perdido a sus maridos, son totalmente responsables de su vida y de la de sus hijos. En su inmensa mayoría fueron violadas y ello les ha creado tremendos problemas psicológicos. Hablan abiertamente de la

violación pero no quieren arriesgarse a acudir a los tribunales. La mayoría de ellas son muy valientes, pero reconstruir su vida y sus comunidades después del genocidio es una enorme tarea.

Los sufrimientos de las mujeres se prolongan después de las acciones bélicas, por la desaparición o la muerte de sus familiares y en muchos casos porque deben sobrellevar el síndrome de “viuda de guerra”; sin embargo, en muchos casos las agencias multilaterales y bilaterales, al igual que otros organismos de asistencia internacional, privilegian el papel de los hombres en el conflicto y es a ellos a quienes se dirigen durante las negociaciones de paz y en la reconstrucción.

Los efectos y secuelas de la violencia sexual van más allá del caso individual, afectan la existencia y el desarrollo de las comunidades enteras, siendo uno de sus efectos el desplazamiento. Debe tenerse en cuenta que a consecuencia de las violaciones sexuales se origina el éxodo de las mujeres y la dispersión de comunidades enteras, la ruptura de lazos conyugales y sociales, el aislamiento social y vergüenza comunitaria, abortos y filicidios, etc.

El infierno de la violencia sexual no termina entonces con la liberación de las detenidas, sino que continúa en la comunidad de origen. “Violar a las mujeres de la nación enemiga, invadida, conquistada o vencida, es castrar simbólicamente a los hombres del bando enemigo, es deshonorarlos, desde el momento que su honra estriba en garantizar su propio control sobre las mujeres”, analiza la periodista Argentina Marta Vassallo.

En la medida en que compartan los criterios patriarcales, las comunidades así atacadas repudian a las mujeres violadas, en lugar de solidarizarse con ellas, como si eliminándolas eliminaran la evidencia de su propia deshonra. La suerte de las mujeres y su valor social no depende entonces de su voluntad ni de sus opciones personales: está a merced de las conductas ajenas.

Quienes sobreviven enfrentan dificultades por los traumas profundos derivados de la violencia sexual, a la vez que las comunidades mismas quedan violentadas por esta práctica, pues ésta pasa a ser parte de la memoria social, convirtiéndose en motivo de vergüenza colectiva.

A pesar de las consecuencias establecidas, frente a este tipo de delitos, la impunidad es una constante en la vida de las víctimas.

Otras secuelas de los conflictos armados son las consecuencias económicas y sociales que afectan materialmente a las mujeres, pues ante la muerte,

desaparición, huida o reclutamiento forzado de sus compañeros o maridos, asumen la jefatura de hogar en condiciones absolutamente precarias. Además se producen restricciones el acceso a los servicios básicos de alimentación, salud, educación o hace engorroso y difícil acceder a ellos.

La militarización general de la vida social las afecta puesto que crea unas condiciones que hacen que la cultura de la violencia que predomina en tiempos de guerra se desplace a la vida familiar y comunitaria, por ellos es fundamental que los programas de reconciliación y restauración de países afectados de la guerra consideren entre sus prioridades la necesidad de reparar los daños socioafectivos, físicos, económicos, sociales, culturales ocasionados, especialmente a las mujeres y las niñas, en su condición de tales.

3. Impunidad y violencia sexual

Según el Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, la impunidad es ante todo un fenómeno antijurídico y la ha definido como: *“una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”*⁶⁷.

La impunidad constituye una denegación de justicia y una negación del carácter justiciable de los derechos humanos, garantía fundamental para su goce efectivo y plena vigencia. Pero además tiene una dimensión política-jurídica perversa: su existencia significa que un sector de la sociedad se encuentra por encima de la justicia y del imperio del Derecho.

La doctrina reconoce dos tipos de impunidad: de derecho y de hecho⁶⁸. La de derecho se origina en normas legales como las amnistías que se dieron, por ejemplo en Guatemala, Chile y Perú (durante los años de la dictadura de Fujimori, muchos políticos votaron a favor de leyes de amnistía a favor

67 Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20, doc. cit., Principio 18

68 Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/8.

de los militares que habían violado derechos humanos)⁶⁹. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre la impunidad de derecho, recordando que las medidas como las amnistías son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁰.

La impunidad de hecho tiene varias formas de expresión como: i) Inercia cómplice de los poderes públicos, ii) Pasividad de los investigadores, iii) Parcialidad, iv) Intimidación, v) Corrupción del poder judicial, vi) Cuando las autoridades no investigan las violaciones de derechos humanos o aún cuando investigando no lo hacen de manera pronta y diligente y acatando los estándares internacionales en la materia; vii) Cuando el Estado persigue judicialmente solo a algunos responsables de violaciones de derechos humanos, no a todos, ni a los que tienen más poder; viii) Cuando las autoridades no investigan la totalidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en un caso ni procesan a los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas; ix) Cuando los responsables de un caso de violación de derechos humanos no son castigados con penas apropiadas con la gravedad de la violación o su imposición no es asegurada por las autoridades; x) Cuando se niega el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos, al no garantizar la existencia de un juicio imparcial e independiente, pues la ausencia de estos dos elementos conlleva a la denegación de justicia y compromete la credibilidad del proceso judicial; xi) Cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar responsabilidades penales.

Frente a la impunidad de hecho, el Comité Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que: *“es imperativo adoptar medidas estrictas para hacer frente a la cuestión de la impunidad, garantizando que las denuncias de las violaciones de derechos humanos se investiguen de forma inmediata y completa, que se enjuicie a los autores, que se impongan las penas apropiadas a los que sean declarados culpables y que se indemnice en forma adecuada a las víctimas”*⁷¹.

69 VICH, Victor: EL CANIBAL ES EL OTRO: VIOLENCIA Y CULTURA EN EL PERU CONTEMPORANEO. Instituto de Estudios Peruanos. Perú, octubre, 2002. Pág. 50.

70 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Observaciones y Recomendaciones a los Estados de Perú, CCPR/C/79/Add.67, párrafo 9, y de Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25 y Observación General N 20, párrafo 15.

71 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones y Recomendaciones al Estado de Brasil CCPR/C/79/Add. 66, párrafo 20.

La impunidad atenta contra la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; así lo reconocieron los Estados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en junio de 1993, cuando al adoptar la Declaración y Programa de Acción de Viena, concluyeron que “los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley”.

La impunidad está en conflicto con el deber del Estado de enjuiciar y castigar a los autores de violaciones graves a los derechos humanos, y, que respecto de las víctimas también implica su derecho a obtener una reparación material, y a saber qué pasó, lo que se conoce como el derecho a la verdad. Según lo señala el mismo experto sobre la cuestión de impunidad, *“la lucha contra la impunidad no puede reducirse al solo castigo de los culpables, sino que debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público”*⁷².

La impunidad constituye entonces una violación de las obligaciones que tienen los Estados y que están definidas en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

72 Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13 Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13.

El Derecho a la Verdad está ligado a la obligación asumida por los Estados de hacer cumplir las obligaciones estipuladas en los instrumentos convencionales de protección de los derechos y las libertades fundamentales a los cuales voluntariamente se han sometido. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la existencia de este derecho y ha instado a los Estados a garantizarlo. En sus observaciones al Estado de Guatemala, el Comité de Derechos Humanos recomendó: “permitir a las víctimas de violaciones de derechos humanos descubrir la verdad respecto a los hechos cometidos, conocer sus autores, y obtener una indemnización apropiada”; igualmente, consideró que el hecho de no informar a una madre acerca de la situación de una hija adulta víctima de desaparición forzada, constituía una denegación del derecho a saber la verdad y en sí mismo un acto de tortura, dada “la angustia que padece por la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero” (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Dictamen de 21 de julio de 1983, caso Elena Quintero Almeida, Comunicación 107/1981, párrafo 14.).

En este mismo sentido la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de “Belém do Pará”, ratificada por Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, entre otros países; impone a los Estados, entre otras obligaciones, las de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces⁷³. Es decir que la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de la violencia, así como la reparación de las víctimas son responsabilidad del Estado.

El Art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece dos obligaciones fundamentales para los Estados, las de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La obligación de respetar implica la existencia de límites al ejercicio del poder estatal. Estos límites son los derechos humanos, esferas individuales donde la función pública no puede penetrar. Por tanto, los Estados, directa o indirectamente, no pueden violar estos atributos inherentes a la persona humana⁷⁴. En relación con esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que *“es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes ...por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”*. Además, establece que *“es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención de los poderes que ostentan por su carácter oficial”*⁷⁵.

Por su parte, la obligación de los Estados Partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención conlleva *“el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en ge-*

73 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de “Belém do Pará”: Art. 7.

74 <http://www.cajpe.org.pe>

75 Informe de la Comisión del 13 de abril de 2000 in re Flores, Alcides Sandoval.

neral, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁷⁶.

Al pronunciarse sobre esta materia a propósito de la protección de los derechos de las mujeres, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que *“en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria”⁷⁷.*

En consecuencia la obligación de garantizar también comprende las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los daños producidos en perjuicio de las personas. En virtud de estas obligaciones, los Estados deben responder también por actos cometidos por particulares. Este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Velázquez Rodríguez de fecha 29 de julio de 1988 en la que señaló: *“172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito vio-*

76 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166.

77 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Observación General N° 28, párrafo 3.

latorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁷⁸.

Lastimosamente, el reconocimiento formal de estas obligaciones, no ha conllevado su cumplimiento concreto. Tanto los poderes públicos, como la sociedad en general, a menudo subordinan los derechos humanos, especialmente de las mujeres, a otros fines como “razones de Estado”, seguridad, eficacia de las fuerzas de orden público, intereses políticos y personales; lo cual configura una “cultura de la impunidad”. La violencia sexual es tan endémica, que termina siendo aceptada como una “conducta normal”.

Si bien en teoría, el derecho penal protege ciertos derechos de las mujeres, también puede resultar discriminatorio o afectar negativamente los derechos que busca proteger. Susan Estrich demostró que aunque la violación sexual está penalizada, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye la violación, cómo se la prueba y sobre “los comportamientos correctos” de las mujeres, terminan por despenalizarla de facto. Esta impunidad tiene otro aspecto, que en cierto modo, garantiza una especie de “derecho de acceso” al cuerpo de las mujeres y las coloca fuera de la protección del derecho penal.

A pesar de que existen normas legales que prohíben la violencia contra las mujeres, son las instituciones sociales, las normas culturales y las estructuras políticas de todos los países las que la sostienen y mantienen, convirtiendo la ley en letra muerta. Quienes forman parte del sistema de justicia penal (jueces, fiscales, policías, guardias de prisiones) también están influenciados por opiniones preconcebidas y prejuicios que consideran a las mujeres como responsables de la violencia que se comete contra ellas, de haberla provocado, o de que merecen ser castigadas cuando actúan de forma contraria a lo esperado o exigido de ellas, según sus “roles”. Así por ejemplo, Amnistía Internacional cita el caso de una mujer que acudió a una comisaría en Londres, en el 2001, a denunciar una violación, ella dice: “*La personas que me*

78 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 172.

atendió comenzó a hacerme preguntas sobre lo sucedido delante de otras personas que también esperaban y me preguntó: ‘¿Estaba usted borracha?’⁷⁹.

La impunidad en la violencia sexual crea un clima en el que tales actos se consideran normales y aceptables, no delictivos; entonces las mujeres no buscan justicia porque saben que no la conseguirán. Muchas mujeres se avergüenzan de denunciar su problema de violencia sexual por temor y vergüenza, desconfianza hacia el sistema judicial o lo que es más grave, porque no los consideran como tales, así por ejemplo, las mujeres chilenas víctimas de tortura durante la dictadura señalan que: *“las víctimas silenciaban esos abusos por temor y vergüenza; las víctimas eran reacias a declarar, al parecer porque acudían a denunciar con sus parejas o familiares”⁸⁰.*

Consecuentemente, gran parte de los casos de violencia contra las mujeres, particularmente la sexual, no son denunciados y tampoco judicializados. Como muestra de lo anotado el Centro de Estudios de Justicia de las Américas da cuenta de que las denuncias recibidas por delitos sexuales en los ministerios públicos durante el año 2003, corresponden en Ecuador a un 3,75%; en Guatemala al 1,95%, en Honduras a un 5,64% de todos los casos que ingresaron al sistema. En Chile, en el año 2002, los delitos sexuales representaron el 1,3% del universo de denuncias que ingresaron al sistema⁸¹.

Algunas de las razones que explicarían la falta de denuncia, que al parecer, es mayor a la que se presenta en otros delitos son: la naturaleza de estos delitos, las percepciones sociales respecto de los mismos, la actuación de los operadores de justicia en estos casos, las condiciones de recepción de las denuncias, los criterios de selección y persecución, la forma como se practican los exámenes periciales, la falta de acompañamiento a las víctimas, las dificultades para acceder a las instituciones de justicia, la vulnerabilidad de las víctimas en el sistema, la poca respuesta que reciben, la duración de los casos⁸².

79 <http://www.amnistiainternacional.org>

80 Shadow Report respecting the 3rd. periodic report o la desconfianza hacia el sistema judicial of the government of Chile. 10-11 May 2004. Párr. 44

81 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafos 32 y 33.

82 *Idem*.

Cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, el tema se complejiza más aún porque están implicadas personas con quienes la víctima tiene relaciones afectivas, y aunque la mayoría de los países de la región cuentan con leyes para prevenir y sancionar la violencia doméstica, en muchos casos, todavía estos actos son considerados como un asunto privado, y así, este tipo de violencia se comete impunemente. Según la experiencia de Amnistía Internacional, esta impunidad es un importante factor a la hora de prolongar la situación de violencia⁸³.

También es común que, aunque existan denuncias luego de un ataque sexual, las víctimas abandonen los procesos legales, desalentadas por una serie de trabas que encuentran en su camino para exigir sanción para el culpable y reparación para ellas. Lo que significa que las instituciones obligadas a atender estas denuncias y hacer las investigaciones correspondientes, no lo están haciendo o lo hacen mal.

Para ilustrar esta afirmación se cita una de las conclusiones de un estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en el que se señala que *“los problemas con la denuncia contribuyen a la existencia de prácticas de expulsión selectiva por parte del sistema de justicia penal hacia las víctimas de violencia sexual que quieren realizar la denuncia, ya sea por negativa de recepción de la misma e inadecuadas derivaciones o por exponer a las denunciantes a situaciones revictimizantes como el tener que relatar el hecho ante muchas personas. La expulsión selectiva es uno de los problemas que contribuye a la persistencia de la impunidad, al reforzamiento de los ciclos de violencia contra las mujeres y a su victimización secundaria. En el caso de delitos sexuales el efecto de las prácticas de expulsión institucional es que las víctimas abandonan definitivamente el reclamo reparatorio ante la Justicia”*⁸⁴.

Según este mismo estudio, se han detectado tres dimensiones de la victimización secundaria: *“maltratos al momento de presentar la denuncia que se expresan en burlas, expresión de prejuicios sobre el hecho, descreimiento del relato de la víctima y finalmente negativa de recepción de la misma, duplicación o lentitud en los procedimientos, demoras o repeticiones en los exámenes periciales; re-*

83 Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres. En <http://www.amnistiainternacional.org>

84 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 49.

cepción de las denuncias en condiciones inadecuadas; y, maltrato en la etapa de investigación y etapa intermedia, que se reflejan también en la reiteración de estudios, y el descreimiento de su relato tanto por parte del Ministerio Público como del juez, que en opinión del informe citado tendría por objetivo que la víctima abandone el proceso”⁸⁵.

Otro de los elementos que abona a la impunidad son las circunstancias que son consideradas como eximentes del delito o atenuantes de la pena; en algunos sistemas legales, el Estado reconoce el honor, el apasionamiento o la provocación como circunstancias eximentes sólo para favorecer al marido en casos de presunto adulterio. En otros, también los hijos, los padres, los tíos, pueden gozar de inmunidad penal por actos de violencia y malos tratos. Así por ejemplo, en el Líbano, según el Código Penal, un hombre que mata a su esposa o a otra mujer de su familia puede conseguir que le reduzcan la condena si demuestra que cometió el delito en respuesta a una relación sexual socialmente inaceptable de la víctima. En el 2001 se cometieron en el Líbano dos o tres crímenes de este tipo al mes por término medio, pero en febrero de 2003 aún no se había declarado culpable a nadie en ningún caso considerado legalmente “delito en nombre del honor”.

En nuestra región hay países que aún consideran al matrimonio con la víctima como eximente de responsabilidad de algunos delitos sexuales, tal el caso de Brasil; en Ecuador en el caso del delito de raptó; en Guatemala en los delitos de violación, estupro (mediante engaño, inexperiencia y confianza), abusos deshonestos y raptó cuando la víctima es mayor de 12 años y exista consentimiento del Ministerio Público; en Honduras en el caso de estupro y raptó. En Chile, ello fue modificado en 1999⁸⁶.

También se consideran como atenuantes de un delito, la edad o la conducta anterior y posterior del delincuente, es decir que su vida civil probada a través de documentos legales o palabras de testigos es suficientemente importante como para atenuar una pena y así desproteger a sus víctimas. En este caso, a diferencia de lo que sucede con las víctimas, las pruebas no des-

85 *Idem*. Párrafos 101, 102.

86 SALINAS BERISTAIN, Laura: Derecho, Género e Infancia: mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano. Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM, UNICEF, Universidad Autónoma Metropolitana. Colombia, 2002.

cansan en sus cuerpos, sino en la presunción de una conducta “honesta” que se prueba muy fácilmente⁸⁷.

Es decir que la violencia sexual no es asumida como una violación a los derechos humanos de las personas y como una agresión a la integridad personal, sino como algo reservado al ámbito privado que debe ser ocultado. De este modo, las víctimas pasan a ser revictimizadas por la familia, la sociedad, la opinión pública y las instituciones; obligadas a callar, a sentirse avergonzadas y culpables de la agresión y estar bajo sospecha, de tal manera que todas sus acciones están sometidas a examen público, pudiendo llegar fácilmente a ser cuestionada y deslegitimada.

Lo más grave es que a partir de estos conceptos se deben actuar las pruebas de la comisión del delito. Si una mujer ha tenido una vida sexual activa, es posible que se la considere responsable de haber dado su “consentimiento”. En la mayoría de casos se exige que haya pruebas claras y evidentes de que se ejerció fuerza, es decir, que la mujer “luchó” y que además en su conducta sexual anterior era “honesta”.

En el caso del femicidio⁸⁸ asociado a violaciones sexuales que ocurren en Ciudad Juárez, por ejemplo, según el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“la respuesta de las autoridades ante estos crímenes ha sido notablemente deficiente (...) la gran mayoría de los asesina-*

87 ANDRADE MONCAYO, Gilma: La reforma al Código Penal Ecuatoriano: documento argumental. Feministas por la Autonomía. Quito, julio 2000.

88 Según Amnistía Internacional más de 370 mujeres y adolescentes han sido asesinadas en la última década, de las cuales al menos 137 presentan violencia sexual. A estas cifras hay que añadir alrededor de 70 jóvenes todavía desaparecidas, según las autoridades, y más de 400 según organizaciones no gubernamentales mexicanas. La mayoría de víctimas son mujeres o niñas, trabajadoras de las maquilas (plantas de ensamblaje) o estudiantes que fueron objeto de abusos sexuales y luego asesinadas brutalmente.

La respuesta de las autoridades durante los 10 años ha sido tratar los diferentes crímenes como violencia común del ámbito privado, sin reconocer la existencia de un patrón persistente de violencia contra la mujer que tiene raíces más profundas basadas en la discriminación. La falta de voluntad de las autoridades, tanto del gobierno del estado de Chihuahua, como de las instancias federales, de asumir su plena responsabilidad de reconocer las dimensiones de este patrón e implementar políticas públicas efectivas ha dejado a la sociedad chihuahuense sin la debida protección que le corresponde y sin un remedio efectivo para las familias que han sufrido la pérdida de sus hijas, madres y hermanas. En MÉXICO, Muertes Intolerables, Diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua. 11 de agosto del 2003. En <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr410262003>

atos siguen impunes; aproximadamente el 20% han dado lugar a procesamientos y condenas. Ciertos funcionarios encargados de la investigación y el procesamiento de los perpetradores, utilizan un discurso que, en definitiva, culpa a las víctimas por el delito. Según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran “fáciles” o prostitutas”⁸⁹.

La crítica a este estado de cosas la hace Gilma Andrade, cuando dice: *“¿Porqué probar consentimiento bajo circunstancias de coacción física o psíquica? Esto se debe a que en el derecho penal los cuerpos de las mujeres son cuerpos sobre-significados, hiper-prescritos e hipernormados⁹⁰. Esta sobresaturación de exigencias sobre sus cuerpos se vuelve peligrosa y atentatoria contra la seguridad de las mujeres cuando se plasma a través de normas penales. La demostración de honestidad es uno de los requerimientos más degradantes al que se ven abocadas las víctimas de delitos sexuales, básicamente porque hay una presunción de no honradez que se demuestra en la excesiva importancia de las pruebas periciales y materiales en desmedro de la prueba testimonial”⁹¹.*

En los tribunales, el testimonio de las mujeres víctimas de la violencia suele desvirtuarse con pruebas irrelevantes de su vida sexual, o se lo relativiza, acusando a las víctimas de estar “desequilibradas mentalmente”. Por lo tanto, *“la palabra de la mujer no cuenta y debe pasar gran parte del juicio demostrando que lo que vivió no fue un acto sexual consentido sino un acceso violento y no consentido a su cuerpo, a su integridad física y psíquica. Hay un exceso de procedimientos periciales que recaen sobre el cuerpo de las víctimas en desmedro del fin que debe perseguir un proceso penal: establecer los niveles de culpabilidad en los delitos”⁹².*

Según una investigación realizada en Vancouver, Canadá, en el período comprendido entre 1993 y 1997, lo que más influyó a la hora de dictar sentencias condenatorias en casos de violación fue la presencia de lesiones físicas

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Situación de los Derechos de la Mujer En Ciudad Juárez, México: El Derecho A No Ser Objeto De Violencia Y Discriminación. Marzo, 2003 En: www.cidh.oas.org.

90 Amelia Várscarcel, feminista filósofa española.

91 ANDRADE MONCAYO, Gilma: La reforma al Código Penal Ecuatoriano: documento argumental. Feministas por la Autonomía. Quito, julio 2.000

92 *Idem*.

en la víctima. Además, este estudio mostró que las sentencias condenatorias eran poco frecuentes: sólo en el 11% el acusado fue declarado culpable⁹³.

En el Ecuador sucede algo parecido: el IECAIM informó que de 1.548 denuncias sobre delitos sexuales cometidos entre 1989 y 1992, solamente se dictó sentencia condenatoria en el 1% de los casos. En el mismo periodo en Guayaquil, de 1.923 casos se dictó sentencia condenatoria solamente en el 2.1%⁹⁴.

El proceso de aportar pruebas puede ser revictimizante, así por ejemplo la práctica de un examen médico legal puede disuadir a la mujer de proseguir las acciones penales: Una mujer keniana, al comentar su experiencia decía: *“Me llevaron a un médico privado, que me dijo que no me lavara, pues tendría que verme un médico de la policía. Como eran las dos de la mañana, no podía presentar la denuncia hasta el día siguiente. No podía creer que tuviera que dormir con el olor de esos hombres [...]. Cuando fui a denunciar la violación al médico de la policía, había una larga fila de gente de todo tipo. La enfermera me dio dos portaobjetos de microscopio y me dijo que me introdujera los dedos y pusiera el semen en el cristal. No podía creer lo que estaba oyendo: me pedían que recreara la violación”*⁹⁵.

El proceso judicial es difícil, penoso y largo, la víctima deberá pasar por largos meses y a veces, hasta años de investigación y diligencias judiciales para ver cómo el violador es dejado en libertad, y aún si éste es condenado, ella sabe que hay muchas posibilidades de que en un período corto esté nuevamente en la calle.

Por otra parte, la reforma procesal penal por la que han atravesaron la mayoría de los países de la región hacia el sistema acusatorio, adolece de fallencias que no abonan a superar las situaciones que causan la impunidad.

El Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género desarrollado en Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala⁹⁶, señala que existe un alto número de archivos en casos de delitos sexuales, *“más aún si se considera que generalmente se trata de delitos con impu-*

93 <http://www.amnistiainternacional.org>

94 Instituto Ecuatoriano de Investigaciones y capacitación de la mujer. Punto focal del INSTRAW: “El Maltrato a la Niña en el Ecuador. Quito, 1993.

95 FIDA (K), Second Class Citizenship, Annual Report for 1996-1997, 1997.

96 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 58, 72.

tado conocido (familiar, o persona muy cercana a la familia) y además son delitos que por su naturaleza e impacto deberían presentar incentivos para ser investigados por parte de la fiscalía, al menos en una etapa inicial, lo que tendería a excluir el archivo (...) Una de las explicaciones para el reducido número de casos de delitos sexuales llevados a juicio oral, es que los fiscales tienen consideraciones más exigentes para llevar estos casos a juicio, por lo tanto buscan un nivel de certeza imposible de lograr por la naturaleza de estos delitos, como lo explica claramente el informe de Chile .los fiscales parecen estar llevando a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que existe la certeza de obtener una condena. En consecuencia, las consideraciones del fiscal para ir a juicio podrían recaer en la mayor o menor aptitud de la prueba de un caso frente a la perspectiva de ser ganado, más que en la gravedad de los hechos investigados, criterio que es muy cuestionable, ya que por ejemplo en el caso de los delitos sexuales, por las características de su comisión, nunca constituyen un caso a ser ganado con certeza.”

Esta situación empeora porque es precisamente en el tratamiento de los delitos sexuales, en donde intervienen prejuicios que conllevan la discriminación de género, los cuales suelen ser más valorados que una objetiva evaluación sobre las circunstancias en las cuales se cometió el delito.

Además en algunos Códigos de Procedimiento Penal, como el ecuatoriano, ciertos delitos sexuales como el estupro cometido en una mujer mayor de edad, han pasado a ser delitos de acción privada, lo cual ha sido motivo de cuestionamiento, pues la falta de persecución pública de los delitos sexuales muestra la desidia del Estado frente a la violencia contra las mujeres y favorece su impunidad.

En el caso de la esclavitud sexual y el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual, la ignorancia de los derechos y protecciones legales en otros países que no son los suyos, los obstáculos culturales y lingüísticos y la ausencia de mecanismos de apoyo hacen que las víctimas se sientan aún más aisladas lo cual impide la búsqueda de justicia.

Es preocupante además, el subregistro judicial persistente en este tipo de crímenes. Al respecto el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ha señalado que “la ausencia de registro en los informes forenses es un factor adicional que contribuye a la impunidad”⁹⁷. En el mismo sen-

97 Ver informe E/CN.4/2004/13, párrafo 94.

tido, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas menciona que en el Ecuador, las estadísticas de recepción de denuncias en materia penal, no hacen referencia a las víctimas o a la naturaleza de los hechos denunciados, por lo que, en los delitos de lesiones, por ejemplo, no se puede identificar qué denuncias corresponden a los casos de violencia doméstica o intrafamiliar⁹⁸.

Los Estados, al haber omitido sus obligaciones tendientes a reducir, cuando no eliminar la impunidad, han violado sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, especialmente sus obligaciones de garantía, investigación, sanción a los responsables y reparación de las víctimas. La omisión de investigar los crímenes sexuales o relacionados con la violencia doméstica contra las mujeres crea un clima de impunidad que perpetúa la violencia basada en el género. La falta de investigaciones y procesamientos constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de proteger los derechos y actuar con la diligencia debida.

Sobre las responsabilidades de los Estados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho: *“Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia “es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”. La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación”*⁹⁹.

Igualmente, la Relatora Especial de Naciones Unidas para ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, quien visitó Ciudad Juárez en 1999, en su informe expresó: *“El gobierno mexicano, al descuidar deliberadamente la protección de las vidas de los ciudadanos por razón de su sexo, había provocado una sensación de inseguridad en muchas de las mujeres de Ciudad Juárez. Al mismo tiempo había logrado indirectamente que los autores de esos delitos que-*

98 SIMON, Farith en colaboración con Lidia Casas: Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Noviembre 2004. Párrafo 34.

99 En: www.cidh.oas.org

*darán impunes. Por lo tanto los sucesos de Ciudad Juárez son el típico ejemplo de delito sexista favorecido con la impunidad”*¹⁰⁰.

Si esto es lo que ocurre en tiempos de paz, en el contexto de conflictos armados, también se presentan altos índices de impunidad. Durante las guerras y genocidios que se produjeron en el siglo anterior y que aún continúan, las víctimas no tienen mayores posibilidades de acceder a justicia y reparación: la justicia a menudo se canjea a cambio de la paz, de esta manera se fomenta la impunidad y se las revictimiza más aún.

Por ejemplo, en Guatemala, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico comprobó que la violación sexual de las mujeres, durante su tortura o antes de ser asesinadas, fue una práctica común. La mayoría de las víctimas de esta violación fueron mujeres mayas. Sin embargo, los tribunales de justicia se mostraron incapaces de investigar, procesar, juzgar y sancionar siquiera a un pequeño número de los responsables de los más graves crímenes contra los derechos humanos. Actuaciones y omisiones del organismo judicial, tales como la denegación sistemática de los recursos de exhibición personal, la permanente interpretación favorable a la autoridad, la indiferencia ante la tortura de los/as detenidos/as y el establecimiento de límites al derecho a la defensa constituyeron algunas de las conductas que evidencian la carencia de independencia de los jueces, que fueron constitutivas de graves violaciones del derecho al debido proceso y de infracciones al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Los contados jueces que manteniendo su independencia no abdicaron al ejercicio de su función tutelar de los derechos humanos, fueron víctimas de actos represivos, como el asesinato y las amenazas, sobre todo en la década de los ochenta¹⁰¹.

Una de las aristas del conflicto en Colombia es precisamente la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos, particularmente de las mujeres, lo que ha generado una fuerte preocupación, tanto de Naciones Unidas, como de las organizaciones de mujeres de la sociedad civil por la permanente actitud del Estado Colombiano de fomentar la impunidad en virtud de sus omisiones y el incumplimiento de sus obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de estos hechos, que por lo demás afecta mayoritariamente

100 Informe de la Relatora Especial Asma Jahangir. E/CN.4/2000/3/Add.3, 25 de noviembre de 1999. Párrafo 89.

101 www.procesodepaz.gob.gt/programas-inside.htm

a las mujeres y niñas, lo que evidencia también una matriz de discriminación de género.

La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy¹⁰² ha señalado que *“el hecho de que no se haya investigado, procesado y castigado a los responsables de violaciones y otras formas de violencia por motivo de género ha contribuido a crear en Colombia un clima de impunidad que perpetúa la violencia contra la mujer; preocupa el sistema de justicia penal existente en relación con la mujer y el reducido número de condenas por violación y otras formas de violencia por motivo de género... Si se hace frente a la impunidad y se enjuician las infracciones por motivo de género se enviará el mensaje de que estos delitos serán tomados en serio...”*

Más adelante agrega: *“La impunidad y la denegación de justicia continúan figurando entre las preocupaciones más graves en Colombia (...) El grado de impunidad en lo que se refiere a las violaciones de los derechos de la mujer sigue siendo alto, lo que pone de manifiesto la incapacidad del Estado de cumplir sus responsabilidades y tiene por resultado la denegación de justicia a las víctimas de esas infracciones y a sus familiares. La impunidad de los responsables de violencia por motivo de género constituye uno de los factores que contribuyen de manera más importante a la permanente violación de los derechos de la mujer y al aumento de la violencia en general. La Relatora Especial lamenta la situación de impunidad imperante en Colombia y señala que el Estado será responsable de todas las violaciones de los derechos humanos que ocurran mientras no adopte medidas para garantizar que la justicia se administre de manera equitativa y eficaz en el país.”*

Muchas veces, la violencia sexual es cometida por los mismos agentes del Estado. Las responsabilidades de gran parte de estas violaciones alcanzan, en la línea de mando militar y de la responsabilidad política y administrativa, a los más altos grados del ejército y de los sucesivos gobiernos, por ello el encubrimiento y la búsqueda de toda clase de mecanismos para asegurar la impunidad es recurrente en el período posterior, así se actuó en Guatemala, Chile¹⁰³ y Argentina, por citar algunos casos.

102 Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos. Misión a Colombia (1 al 7 de noviembre de 2001). Comisión de Derechos Humanos, 58 período de sesiones, 11 de marzo de 2002.

103 En el Shadow Report, presentado ante el Comité Contra la Tortura por algunas organizaciones de

IV. Bibliografía

- ABUSARUWANKU: Violación de mujeres: silencio e impunidad. Comisión de Derechos Humanos, Movimiento Manuela Ramos. Lima, noviembre 2003.
- AMORÓS, Celia.: La violencia contra las mujeres y los pactos patriarcales, Editorial Pablo Iglesia, Madrid, España, 1990.
- AMORÓS, Celia: Espacio de los iguales espacio de las idénticas. Notas sobre el poder y principio de individualización, Arbor (nov-dic). 1987.
- ANDERSON, Bonnie y ZINSSER, Judith: HISTORIA DE LAS MUJERES, UNA HISTORIA PROPIA., Editorial Crítica 1.992, Vol 2. pág. 453.
- ARROYO VARGAS, Roxana, La violencia contra la mujer como producto de una violencia estructural. /En/ Módulo de Violencia. ILANUD. San José , Costa Rica.
- BASAGLIA, Franca. Mujer, locura y sociedad, Universidad Autónoma de Puebla, 1983.
- BENHABIB, S. “ Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral”, Isegoría. Revista de filosofía moral y política no 6 1992.
- BROK-UTNE: FEMINIST PERSPECTIVES ON PEACE AND PEACE EDUCATION. Pergamon Press. New York, 1989.
- COBO BEDIA; Rosa: “ Género”, en AMOROS, Celia: 10 palabras clave sobre la mujer, Editorial Verbo Divino, Madrid, 1995.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.(59 período de sesiones. Tema 12 a) del programa provisional. Integración de los derechos humanos

mujeres y feministas chilena, se señala: “46. La mayoría de los actos de tortura impunes se cometieron durante la dictadura y por tanto, son anteriores a la suscripción y ratificación de la Convención contra la Tortura por parte del Estado Chileno. Sin embargo, la prohibición sobre la tortura, es parte del derecho internacional consuetudinario y anterior a dicha Convención por lo que el Estado de Chile es responsable de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores así como de reparar a las víctimas, en este caso las mujeres víctimas de violencia sexual como tortura durante el régimen militar.” Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women’s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; OMCT Organización Mundial contra la Tortura, Geneva, Switzerland. Párr. 46, 47.

- de la mujer y la perspectiva de género. La violencia Contra la mujer. E/CN.4/2003/75. 6 de enero de 2003.
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *Cumbres, consensos y después: memorias del seminario regional "Los Derechos Humanos de las mujeres en las conferencias mundiales"*. Editora Roxana Vásquez. Lima: noviembre de 1996.
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*. CLADEM - OXFAM. Primera Edición, Lima - Perú, Julio 2000.
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER: *La muralla y el laberinto*. Lima: Abril de 1996.
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Vigiladas y castigadas: memorias del seminario regional "normatividad penal y mujer en america latina y el caribe"*. Editora Roxana Vásquez. Lima: primera edición, 1993.
- COPELON, Rhonda. Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrado a los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional. Trabajo Inédito.
- CORDERO, Tatiana; ESQUIN, Teresa; FEICAN, Verónica; PEÑAHERRERA, Amparo; MANZO, Rosa: LA INDUSTRIA DEL SEXO LOCAL. Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer. Quito, Ecuador. 2002
- CHARLESWORTH, Hillary. ¿Qué son los Derechos Humanos de las Mujeres?. /En/ Manual de Derecho Internacional. ILANUD 2004.
- DUBY, Jean y PERROT, Michelle. HISTORIA DE LAS MUJERES TOMO V. Edit Taurus.Santillana, 1993.
- FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica, 1999.
- FACIO MONTEJO, Alda, FRIES, Lorena. Feminismo, género y patriarcado, en Género y Derecho, Colección contraseña, Estudios de Género, Serie Csandra, 1999.

- GIDDENS, Anthony: MANUAL DE SOCIOLOGIA. Ciencias Sociales. Alianza Editorial.España, 1998.
- HARDING, Gertrude. Con todas sus fuerzas, editorial Txalaparta, 1999.
- IKENBERRY, Jhon: LA AMBICION IMPERIAL DE ESTADOS UNIDOS. En FOREIGN AFFAIRS EN ESPAÑOL; otoño-invierno, vol.2, No. 3; pág. 2.
- KELLY, Liz (1988), *Surviving sexual violence*. Polity Press, Inglaterra. “Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud”. Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional para las Américas de la organización Mundial de la Salud. Washington, D.C. 2003.
- , Derechos sexuales y reproductivos en el Perú: un reporte sombra”. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Nueva York, 1998.
- , “La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II”. Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe N° 27. Panos Institute: Armas para luchar, brazos para proteger: las mujeres hablan de la guerra. Icaria & Antrazyt. Barcelona, España. (s.f).
- LAGARDE, Marcela. Identidad de género, Managua Nicaragua.
- , Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas y presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Posgrado, 1997.
- , Identidad de Género y Derechos Humanos. / En(Estudios básicos de Derechos Humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Comisión de la Unión Europea. San José de Costa Rica, 1996
- LA MORADA. Taller la Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción. 2003.
- LAQUEUR, Thomas: *La construccion del sexo. Feminismos*. Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer.España, 1990.
- MANBELBAUN,Michael: LA INSUFICIENCIA DEL PODERIO ESTADOUNIDENSE. En FOREIGN AFFAIRS EN ESPAÑOL. 2002
- MIES, Maria y SHIVA, Vandama. ECOFEMINISMO: TEORÍA, CRÍTICA Y PERSPECTIVAS. Icaria Antrazyt; Barcelona , España, 1.997.
- SEGURA ESCOBAR, Nora y MEERTENS, Donny: COLOMBIA, LO QUE DEJAN LAS GUERRAS. En Vidas sin violencia. Nuevas voces. Nuevos desafíos. ISIS Internacional. Santiago de Chile, 1998.

- VALDÉS, Teresa y OLAVARRÍA José (eds) *Masculinidades /es Poder y crisis*.
 ONU E/CN.4/1995/42.
 ONU. E/CN.4/1996/105
- OSWALD, Ursula: *MUJERES, EQUIDAD Y UTOPIÍA*. Publicado en
 ALAI 333. 2001-05-29
- PATEMAN, Carole: *El contrato sexual, Editorial Anthropos*, Barcelona-Uni-
 versidad Autónoma metropolitana, México, 1995.
- RADFORD, Jill & RUSSELL.Diana (1992), *Femicide: the politics of woman
 killing*. Twayne Publishers, New York.
- RIANE, Eisler. *El Cáliz y la Espada. La mujer como fuerza en la historia*, Edi-
 torial Pax México, 1997.
- Ruiz, Alicia: “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las
 mujeres”. En *El derecho en el género y el género en el Derecho*. CEDAEL.
 Buenos Aires: Editorial Biblos, septiembre del 2000.
- SAGOT, Montserrat (1995), “Socialización de género, violencia y femicidio”
 en *Revista Reflexiones*, No. 41, diciembre. Universidad de Costa Rica, San
 José, Costa Rica.
- SÁNCHEZ; Olga. Anotaciones acerca del modelo de socialización patriarcal
 /En/ LAVERDE y SANCHEZ. Voces insurgentes, Editorial Guadalupe,
 Bogotá, Colombia, 1988.
- Tamayo León, Giulia: “Cuestión de Vida: balance regional y desafíos sobre
 el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”. CLADEM -
 OXFAM. Lima, Perú. Julio, 2000
- VALLADARES TAYUPANTA, Lola: *Derechos sexuales en Serias para el De-
 bate No. 2*. CLADEM. Lima, Perú, 2004.
- WEST, Robin: “Género y teoría del Derecho”. Ediciones Uniandes, Instituto
 Pensar., Bogotá, Colombia 2000.
- WEEKS, Jeffrey: *Sexualidad*. Piados, Universidad Nacional de México, Pro-
 grama Universitario de Estudios de Género. México, 1998;

Páginas web:

<http://www.cverdad.org.pe/ifnall/index.php>
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1978.pdf>

<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/ch5.htm>
<http://www.corteidh.or.cr>
www.cidh.oas.org
http://www.cladem.com/espanol/regionales/litigio_internacional/cas3.asp
http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm
http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html
<http://www.unu.org/documentos/conferencias/1995/beijing/20.pdf>
www.un.org/icty
<http://www.ictj.org>
<http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm>
www.un.org/law/icc/statute/99_corr/corr.html
http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm
[http://www.cidh.org/annualrep/2000sp\(CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm](http://www.cidh.org/annualrep/2000sp(CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm)
www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_2003_fem_guerrapaz.htm
www.un.org/spanish/conferences/Beijing/f5.htm
http://alainet.org/active/show_text.php3?key=5797
http://www.mujeresporlapaz.org/article.php3?id_article=103



3

Derecho de familia

Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia *

Margrit Eichler

Sumario

Introducción. **I.** Siete sesgos en la literatura sobre familia. **II.** Tres modelos de familia. 2.1. El modelo de familia patriarcal. 2.2. El modelo de familia de responsabilidad individual. **III.** El modelo de familia de responsabilidad social. 3.1. La ideología concerniente a la igualdad de género. 3.2. La sustitución del ideal de la igualdad de género con el ideal de mínima estratificación. 3.3. La conceptualización de una sociedad mínimamente estratificada. 3.4. La familia bajo la mínima estratificación. 3.5. La unidad de administración. 3.6. Componentes del modelo. **IV.** Conclusión: la precaución es la madre de la sabiduría.

Introducción

Las políticas de familia no conforman un grupo claramente definido, ya que dentro de ese concepto se incluye todo aquello que afecta a las familias: la legislación sobre bienestar social, las políticas que atañen a los servicios sociales

* Margrit Eichler, "Cambios familiares, familias, políticas e igualdad de géneros", en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, American University y La Morada, Chile, 1999, pp. 443-485. Traducido por Paquita Cruz.

(como las guarderías), regulaciones al impuesto sobre la renta, disposiciones en los códigos penales y civiles que definen quién es responsable de qué tipos de dependientes, legislación de familia, regulaciones que afectan la mayoría de los beneficios sociales, decisiones sobre custodia, y muchas otras herramientas sociales. Estas, junto con otras políticas, constituyen lo que tendemos a llamar “política de familia”, aunque no siempre todas se tomen en cuenta.

Si una delinea ampliamente los cambios de políticas que se han dado durante más o menos los últimos cien años, centrándose en la situación presente, se hace necesaria una forma de integrar información tan discordante para analizar las modificaciones. Yo uso tres modelos de familia que me sirven para esto. Estos modelos son tipos ideales¹, en el sentido que Max Weber le da a la palabra —es decir, que no reflejan perfectamente la realidad, pero miden hasta qué grado se conforma (o no) una dada política a un modelo particular². Para crear estos modelos, apliqué ocho preguntas a varias políticas:

1. ¿Cuál es la ideología subyacente que atañe a la igualdad de género?³
2. ¿Cuáles son los supuestos sobre la situación legal del matrimonio?
3. ¿Cuáles son los supuestos sobre las incongruencias/ congruencias de la pertenencia al hogar / familia?
4. ¿Cuál se considera la unidad apropiada de administración?
5. ¿Cuáles son los supuestos tocantes a la responsabilidad/ dependencia económica?
6. ¿Cuáles son los supuestos sobre provisión de cuidado y servicios para las personas en la familia que los necesitan?

1 “Ideal” no quiere decir bueno, sino que expresa el hecho de que estos modelos presentan tipos exageradamente claros (porque están simplificados).

2 Comparar a Mckinney. J. *Constructive Typology and Social Theory*. Appelton-Century-Crofts, New York, 1966, pág. 63 en el uso de tipos ideales.

3 Es necesaria una nota sobre terminología en lo que respecta al uso de los sustantivos “sexo” y “género”. A mitad de los setentas, los y las sociólogas intentaban hacer una distinción teórica entre ellos. El sexo denotaba las diferencias físicas entre los sexos; el género, las sociales que se relacionan con las físicas. Desafortunadamente, género pronto se convirtió en el término “políticamente correcto”, y fue, y continúa siendo, usado de una manera completamente inadecuada. Hoy en día muchos cuestionarios hasta preguntan “¿Cuál es su género: masculino o femenino?” En otras palabras, se usa “género” cuando lo adecuado sería usar “sexo”, tapando, de esa manera, una distinción importante. Yo uso los términos de manera amplia e intercambiable, conformándome, de mala gana, a lo que parece ser la expresión de aceptación general dentro de un dado contexto.

7. ¿Cuál se considera es la división adecuada de responsabilidades públicas y privadas?

8. ¿Cuáles son los supuestos sobre la heterosexualidad y la homosexualidad?

Construyo después dos modelos de familia, basados en políticas pasadas y actuales, y otro que esboce unas deseables (más que las existentes). No estoy sugiriendo que quienes hacen las políticas se reunieron un día y decidieron adoptar uno de los modelos que se presentan aquí. La creación de aquellas es un proceso muy desordenado como para tomar lugar un acercamiento tan racional. Sin embargo, sugiero que existen nociones comunes, que cambian con el tiempo, que informan a quienes hacen las políticas. Trabajo con estos modelos sencillamente para poner un poco de orden en aquello que de otra manera sería una situación irremediablemente confusa.

El primero es el *modelo patriarcal* de familia. Es descriptivo del amplio perfil de políticas que estuvieron en boga hasta alrededor de 1970, después de las cuáles la acción legislativa y la creación de políticas nos alejaron del modelo patriarcal hacia el que llamamos de *responsabilidad individual*. Este segundo modelo de familia funciona todavía en sumo grado, aunque argumentaré que es anacrónico. La respuesta a las ocho preguntas, cuando se aplican a él, no está de acuerdo con la realidad que viven muchas familias. Entonces desarrollaré un tercero, el modelo de *la responsabilidad social*, que se basa en la realidad empírica contemporánea de las familias.

Los modelos sirven para tres propósitos. 1) Permiten describir políticas discordes a través de tiempos muy diferentes de una manera que las hace comparables. 2) Permiten compararlas con lo que en realidad sucede dentro de las familias y evaluar éstas políticas. 3) Proporcionan elementos para desarrollar políticas alternativas. También utilizo los términos “familia” patriarcal y de responsabilidad individual para caracterizar a familias que se desarrollaron como respuesta a éstas políticas.

Antes de lidiar con estos modelos, sin embargo, es importante admitir un problema de peso: los sesgos dentro de la literatura que trata sobre las familias.

I. Siete sesgos en la literatura sobre familia

Los enunciados sobre la familia están cargados de juicios. Las religiones toman una posición definida sobre lo que es una 'buena' o 'mala' familia; la moral pública se asocia con el comportamiento sexual que se regula (o se supone que se regula) a través de las familias; y todas las personas tenemos sentimientos personales sobre éstas, que derivan de nuestras propias experiencias, buenas o malas, pero casi nunca indiferentes. La familia está idealizada en la cultura popular, la publicidad y el mercadeo; la ideología sobre ella se utiliza como herramienta política; y a veces se le condena como la cuna de la opresión y de todo aquello que marcha mal en la sociedad. La literatura académica exhibe algunas de estas mismas dicotomías. Por lo tanto, ayuda tener una perspectiva que nos permita discernir varios problemas cuando se insinúan furtivamente por entre las líneas de la literatura académica, así como en los medios populares.

Podemos identificar siete diferentes sesgos dentro de la literatura relacionada. Durante los ochentas, y particularmente, en los tempranos noventas, existió literatura crítica que trató de evitar algunos o todos. (Y por supuesto, siempre ha habido quienes escriben logrando evitar exitosamente estos problemas). No obstante, tener una idea de ellos, y por lo tanto, una serie de conceptos que nos posibilitan identificarlos, nos permite sopesar la evidencia de manera más reflexiva. Los siete sesgos son el monolítico, el conservador, el sexista, el etario, el microestructural, el racista y el heterosexista⁴.

El *sesgo monolítico* es una tendencia a tratar la familia como una estructura monolítica, enfatizando la uniformidad de la experiencia y la universalidad de la estructura y las funciones, sobre la diversidad de experiencias, estructuras y funciones. El *supuesto* de uniformidad lleva a un proceso de recolección de datos que subrepresenta grandemente la existente diversidad. Por ejemplo, cuando Statistics Canadá no recogía información sobre parejas consuetudinarias, no pudimos saber cuantas existían en realidad y, por lo tanto, no podíamos argumentar que ésta era una subforma socialmente im-

4 Ver Eichler, M. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*. 2a ed. Gage Educational Publishing, Taranta, 1988, para una discusión en detalle sobre los cinco primeros sesgos, en la cual el sesgo etario es tratado como un subaspecto del sesgo conservador. Yo decidí separarlo del conservador, para poder registrar mejor qué activa el sesgo conservador.

portante de familia. Todavía no sabemos cuántas parejas no viven juntas la mayor parte del tiempo, pues el censo aún asume que las parejas tienen una sola residencia. Tampoco sabemos cuántas parejas del mismo sexo hay, o cuántos padres y madres biológicas no viven con su prole, etcétera.

Otra manifestación del sesgo monolítico se da cuando se confunde una *estructura* particular con el cumplimiento de ciertas *funciones*. Esto se da cuando una persona argumenta que cualquier tipo particular de familia (definida por su composición, e.g., una adulta y un adulto heterosexuales y su prole biológica o adoptiva) es la singular “mejor” forma de familia para lidiar con cualesquiera problemas se hayan identificado, en lugar de examinar cuáles tipos de estructuras podrían más efectivamente habérselas con los problemas identificados. La manera no monolítica de abordar la pregunta de la “mejor” forma de familia es especificar las características deseadas. Por ejemplo, yo anotaría amor y cuidado genuinos, apoyo emocional entre todas las personas de la familia y la capacidad de llenar las diversas necesidades de todas (de residencia, sociales, económicas, sexuales, procreacionales, etc.). Cuando se llenan estas necesidades, tenemos una familia que funciona bien, sin importar su estructura.

El *sesgo conservador* es la concepción romántica de la familia nuclear, en el pasado y el presente. Este obvia los aspectos feos de las relaciones familiares (tales como la agresión física a las esposas, el incesto y otros tipos de abuso), que fueron, y continúan siendo, muy generalizados dentro de aquella. Se da una denigración simultánea de otras formas de familia⁵.

El *sesgo sexista* se expresa de muchas maneras, entre las cuales la más importante es el tratamiento de la familia como la unidad más pequeña de aná-

5 Este sesgo se describió por primera vez en 1983. En aquel momento lo definí parcialmente como “la tendencia ya sea a ignorar en gran medida los cambios recientes, o a tratarlos como efímeros, en vez de comprenderlos como centrales y fundamentales. Esto resulta en el uso de sistemas de análisis que son completamente inadecuados para situaciones nuevas que surgen. Un ejemplo de este tipo de pensamiento sería la tendencia a considerar las familias que se forman de segundos (o terceros) matrimonios, como básicamente iguales a las que se forman de un primer matrimonio, y tratar de analizarlas en términos desarrollados para este tipo de familia” Eichler, M. *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide*. Allen and Unwin, Baston, 1988, pág. 2. Hoy pocas autoras y autores negarían lo penetrante, importante y profundo de los cambios en los últimos veinticinco años. Desde ahí la naturaleza de que este sesgo en particular ha cambiado algo. Los criterios descritos son ahora, en su mayoría, comparaciones desfavorables entre las familias de hoy en día y del pasado, e inculpaciones a quienes forman las familias actuales.

lisis, en casos en los cuales en realidad estamos tratando con personas individuales dentro de ella. Está presente en estudios o propuestas políticas que cargan a “la familia” con una tarea particular (como la crianza de la prole o el cuidado de la tercera edad), sin tomar en cuenta quién está en realidad haciendo ese trabajo (usualmente las mujeres) y cómo la asignación de esas tareas afecta diferentemente a hombres y mujeres⁶. Una expresión particularmente drástica se da cuando se asume que existe una división “natural” de funciones entre los sexos⁷.

El *sesgo etario* está presente cuando se analizan las interacciones familiares principal o exclusivamente desde la perspectiva de las personas de edad madura, mientras que los puntos de vista de la niñez y de la vejez son ignorados en gran medida o por completo⁸.

El *sesgo microestructural* es la tendencia a tratar a las familias como unidades encapsuladas. De esta manera, los comportamientos se explican meramente a partir de la observación de lo que sucede dentro de la unidad, más que de un esfuerzo por entender cómo son afectados aquellos por factores externos. Este sesgo solía tener expresión a través de una inobservancia de las políticas de familia. Esto ha cambiado. Ahora existe mucha literatura sobre diferentes aspectos de ellas. Sin embargo, todavía se dan muchas expresiones de él, al grado de que personas dentro de las familias son culpadas sin ninguna referencia a circunstancias externas (¡parece que no se celebran las fortalezas!). Un ejemplo de esto es cuando la gente se preocupa por “promover dependencia” entre las familias que reciben asistencia social, sin tomar en cuenta la disponibilidad, o no, de trabajo, guarderías y otros apoyos infraestructurales, necesarios para que una persona pueda prescindir de dicha ayuda.

El *sesgo racista* deprecia a familias pertenecientes a grupos cultural o racialmente no dominantes que tienden a ser “racializados”. Un ejemplo de esto, particularmente trágico en la historia canadiense, fue el tratamiento a

6 Un análisis reciente del cuidado y atención que da la “familia” argumentaba que “la familia que brinda atención es una cortina de humo detrás de la cual está una figura solitaria, usualmente femenina”. Keating, N., et al. “Who’s the Family in Family Caregiving?”, en *La revue canadienne du vieillissement* 13, no. 2, 1994, pág. 271.

7 Esta es una descripción extremadamente limitada de un importante sesgo.

8 Yo he hecho todos los esfuerzos por evitar todos los sesgos. Sin embargo, el sesgo etario es tan penetrante en la literatura que es imposible de evitar.

los grupos aborígenes. Se internaba a sus niños y niñas en escuelas, dejándolos, de esa manera, separados de sus familias y de su cultura, incluida la lengua. Cuando había problemas de familia, se daban en adopción, usualmente a parejas blancas en Estados Unidos y Canadá, en lugar de hacerlo, como era su tradición, dentro del grupo⁹.

El *sesgo heterosexista* es el tratamiento a la familia heterosexual como la “natural”, el cual, por lo tanto, niega el estatus familiar a las familias gay y lesbianas¹⁰. Este incluye el postulado de que la capacidad de crianza se relaciona con la orientación sexual¹¹.

II. Tres modelos de familia

2.1. El modelo de familia patriarcal

Hacia fines de siglo, el jefe de familia —o sea el marido, en un matrimonio heterosexual— era, sin discusión, el amo del hogar, legal, social y económicamente. Hasta cierto punto, la esposa estaba subsumida bajo la personalidad legal del marido: al casarse asumía el nombre y el domicilio de él, carecía de derechos de propiedad, no podía llevar a cabo negocios, etc. Las mujeres no tenían iguales derechos (no obtuvieron el voto hasta después de la Primera Guerra Mundial). Una mujer sólo podía ser jefa de familia cuando no había ningún adulto varón presente. Todo esto tenía algunas implicaciones grotescas.

Por ejemplo, el hecho de que una casada no pudiera establecer su propio domicilio, significaba que si su marido la abandonaba sin dejar una dirección, ella no podía presentar una demanda de divorcio, porque esto sólo se podía hacer en la provincia del domicilio —y éste era el de él! Si él se pasaba a otra

9 Ver Johnston, P. *Native Children and the Child Welfare System*. Canadian Council on Social Development in association with James Lorimer, 1983; Monture, P.A. “A Vicious Circle: Child Welfare and the First Nations”, en *Canadian Journal of Women and the Law* 3, no. 1, 1989.

10 Ver Ryder, B. “Equality Rights and Sexual Orientation: Confrontation Heterosexual Family Privilege”, en *Canadian Journal of Family Law* 9. 1990, para una buena ojeada a algunas de las cuestiones relacionadas con este tema. Ver también Herman, D. “Are we Family? Lesbian Rights and Women’s Liberation”, en *Osgoode Hall Law Journal* 28, no. 4, 1990.

11 O’Brien, C.A. y Weir, L. “Lesbians and Gay Men Inside and Outside Families”, en *Canadian Families, Diversity, Conflict and Change*, eds. N. Mandell y A. Duffy. Harcourt Brace, Toronto, 1995.

provincia sin su consentimiento, la mujer tenía que seguirlo para poder tener un domicilio. En la práctica, esto podía hacerle imposible a ella el divorcio, dadas las implicaciones económicas de estos traslados.

El mundo estaba claramente dividido en una esfera masculina y otra femenina. La ciencia y la religión apoyaban esta visión, que penetraba todos los aspectos de la sociedad, aunque encontraba su expresión más fuerte dentro de la familia. Las leyes y las políticas reforzaban la adhesión a este modelo. Esto era cierto, en mayor o menor grado en Euro-América¹².

Con respecto a los supuestos concernientes al status legal del matrimonio, la probabilidad clara era que un hombre y una mujer se casarían legalmente para ser reconocidos como pareja. Esto no sólo afectaba a la pareja, sino también a su prole: niñas y niños nacidos fuera del matrimonio eran ilegítimos y tenían un diferente –mucho más bajo– status legal que si nacían dentro de esa unión¹³. Personas que hoy se considerarían cónyuges por ley consuetudinaria, tenían escasa protección en lo que respecta a herencias o pensión al separarse. Se les consideraba legal y económicamente extraños.

Casi no había divorcios (en Canadá, en 1900, se registró un total de once divorcios)¹⁴. El número real de separaciones era considerablemente mayor –los maridos podían abandonar a sus familias (sin rumbo conocido), o podían irse a un domicilio conocido. Esto se conoce como “divorcio migratorio”¹⁵. La llegada a Canadá de un hombre que tenía una esposa en Inglaterra, Australia u otro, muchas veces era un divorcio migratorio. En tales casos, ni el esposo ni la esposa se podían casar legalmente otra vez, aunque a veces algunos lo hacían. Pero si eran descubiertos, podían ir a prisión por bigamia. Esto significaba que, en efecto, la familia y quienes pertenecían al hogar se consideraban en gran medida idénticos, excluyendo comensales y sirvientes de la fórmula.

Las expectativas de vida eran significativamente más bajas. En 1931, la de un niño varón al nacer era de sesenta años, mientras que en 1993 era de

12 Para una buena descripción de los cambios legales que atañen a la legislación sobre familia en Italia, ver Saraceno, C. “Women, Family, and the Law, 1750-1942”, en *Journal of Family History* 15, no. 4, 1990.

13 Esto significaba que la propiedad se pasaba solo a los herederos “legítimos”, y las amantes no tenían derecho a un estatus legal.

14 Ver Snell, J.G. *In the Shadow of the Law: Divorce in Canada, 1900-1939*. University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 10, Tabla 1.

15 Ver Pike, R. “Legal Access and the Incidence of Divorce in Canada: A Socio-historical Analysis”, en *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 12, no. 2, 1975.

setenta y cinco. En 1931, la de una niña era de sesenta y dos, y cerca de ochenta y un años en 1993¹⁶. Dadas las expectativas de vida más bajas al inicio de este siglo, hombres y mujeres a menudo enviudaban mientras estaban todavía criando a la prole; hoy el número de estos casos se ha vuelto estadísticamente insignificante¹⁷.

En el caso de casarse después de enviudar, el o la nueva cónyuge se convertiría en padrastro o madrastra de la prole, con todos los derechos y responsabilidades de una madre o padre biológico. Sin embargo, en el caso de un nuevo matrimonio después de un divorcio, esto es poco probable si el otro padre o madre vive aún y tiene, al menos en potencia, la capacidad de criar, aunque a la distancia.

Varias políticas de apoyo a las familias trataban a éstas como unidades administrativas. Por ejemplo, una esposa no podía recibir asistencia pública si su marido aún vivía y tenía algo de dinero, aunque no viviera con ella y no le diera apoyo económico. Esto tenía relación con la fuerte diferenciación por género de las tareas, en la cual el marido era responsable del bienestar económico de la esposa y la prole, y ella, del cuidado personal del resto de la familia y del trabajo de la casa. Consecuentemente, esposa y prole eran tratados como económicamente dependientes del marido y padre. Esto servía de justificación para una escandalosa discriminación sexual contra las mujeres: las que formaban parte de la fuerza laboral eran a menudo despedidas al casarse, a las personas se les pagaba de acuerdo con su sexo, más que en base al trabajo que realizaban¹⁸, muchos trabajos estaban simplemente prohibidos

16 Para números de 1930, ver Urquhart, M.C. y Buckley, K.A.H., *Historical Statistics of Canada*. 2a. ed. EH. Leacy, editor. Ministry of Supply and Services, Ottawa, 1983; para los de 1993, ver Dumas, J., et al. *Report on the Demographic Situation in Canada. Statistics Canada*, Ottawa, 1995, pág. 17.

17 El que viudas y viudos se volvieran a casar era "históricamente importante cuando la muerte reducía la población adulta, pero ha perdido todo su relieve y ahora les incumbe casi exclusivamente a las personas ancianas. Sólo el 25% de los segundos matrimonios que involucran a viudos ocurre antes de los cincuenta, y los segundos matrimonios de viudos son sólo el 3% de los matrimonios. En el 50% de los casos, los viudos se casan con viudas". Dumas, J. y Peron, y. *Marriage and Conjugal Life in Canada*. Statistics Canada, Ottawa, 1992, pág.

18 Por supuesto, esto se da todavía hoy (ver Muzzin, L., Brown, G. y Hornosty, R. Gender "Educational Credentials, Contributions and Career Advancement: Result of a Follow-up Study in Hospital Pharmacy", en *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 32, no. 2, 1995, para un ejemplo reciente), pero al menos ya no es legal.

a las mujeres, y la educación superior estaba reservada en gran medida para los hombres. Es más, a las mujeres no se les consideraba personas para muchos propósitos (no fueron declaradas personas sino hasta 1929, con el famoso caso *Persons*)¹⁹.

En términos de política social, reinaba el principio de los subsidios. Este asignaba la responsabilidad del bienestar de una persona primero a su familia; si la familia estaba imposibilitada, esa responsabilidad se le asignaba al siguiente nivel hacia arriba, y así sucesivamente. En la práctica, esto significaba que los padres/maridos eran los responsables por el bienestar económico, no solo del propio, sino también del de sus esposas y de la prole dependiente. (Por supuesto, muchas niñas y niños trabajaban por dinero a inicios del siglo veinte, y de esa manera contribuían a la sobrevivencia económica de la familia.) No obstante, los padres estaban investidos de esa responsabilidad. Como las cosas eran así, las familias en que había un padre/ esposo en plenas capacidades no podían optar por ayuda económica, aunque él hubiera abandonado el cumplimiento de sus deberes²⁰.

Lo contrario aplicaba al cuidado de la prole: la mujer era la responsable de ella, a no ser que se probara que era una madre incompetente. Si se sabía

19 El caso *Persons* involucró a cinco mujeres en Alberta, quienes probaron la constitucionalidad del ser persona femenina peticionando un Decreto de Asamblea (*Order in Council*) para que la Suprema Corte de Canadá regulara esa cuestión. En 1928, la Corte Suprema dictó que las mujeres canadienses no eran personas en el sentido del *British North American Act* y que por lo tanto no eran elegibles al Senado (siendo la solicitud de tener una mujer nombrada en el Senado lo que impulsó este caso). Las cinco mujeres –Emily Murphy, Nellie McClung, Louise McKinney, Irene Parlby y Henrietta Muir Edwards– apelaron al Consejo Privado de Su Majestad (*Majesty's Privy Council*) en Londres, el cual concluyó que las mujeres sí *eran* personas. Para una descripción más detallada del caso, ver Eichler, M. “Social Policy Concerning Women”, en *Canadian Social Policy*. 2a ed. S.A. Yelaja, editor. Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1987, págs. 139-56.

20 En 1955, los siguientes eran los criterios de elegibilidad para las pensiones a madres en varias provincias: en todas las provincias, las viudas y madres con maridos discapacitados eran elegibles para una pensión materna. Las mujeres abandonadas eran elegibles en todas las provincias menos Nova Scotia. Sin embargo, las mujeres con maridos en instituciones penales eran sólo elegibles en Newfoundland, PEI, Quebec, Saskatchewan y BC; las divorciadas o separadas, sólo en Newfoundland, Ontario, Saskatchewan y BC; y las madres solteras sólo en Newfoundland, Manitoba, Saskatchewan, Alberta y BC; pero no en las otras provincias. Ver Departamento de Salud y Bienestar Nacional, memorandum 1, División de Seguridad Social, 1955, citado por Haddad, J. *Women and the Welfare State: The Introduction of Mothers' Allowances in Ontario in the 1920s*. Tesis sin Publicación, Universidad de Toronto, 1986, pág. 49.

que había cometido adulterio, se le consideraría una madre inadecuada, en cuyo caso el padre se quedaría con la custodia exclusiva. La doble moral imperaba: el adulterio de un marido no lo convertía en padre incompetente²¹. Su capacidad como padre se medía en términos económicos; la de ella como madre, en términos morales, sexuales y sociales.

Es importante darse cuenta de que mientras la asistencia pública se consideraba legítima, en principio, cuando uno de los cónyuges estaba ausente o incapacitado, esto no significaba, necesariamente, que se otorgara. Por ejemplo, en 1937 la *Montreal Unemployment Relief Commission* decidió declarar inelegibles para ayuda a las siguientes clases de mujeres: ‘aquellas cuyos maridos están detenidos en instituciones provinciales, aquellas cuyos maridos las hubieran abandonado, y aquellas separadas de sus maridos y que se les hubiera otorgado la pensión (que el marido no hiciera los pagos no tenía importancia). También, al mismo tiempo, se sacó a las madres solteras de la lista²². Estas madres y su prole estaban doblemente atrapadas: se les obligaba a depender económicamente de un hombre, y cuando él no cumplía con la manutención, nadie más asumía ese papel.

La homosexualidad era considerada una enfermedad. No era una orientación sexual que se pudiera afirmar con orgullo, ni siquiera admitir con cautela, en la mayoría de los círculos sociales. Por lo tanto, era vista como, o irrelevante a las políticas que afectaban a la familia, (ya que no conducía a la formación de ellas), o como diametralmente opuesta a los valores familiares.

Entonces, para dar forma a estos amplios bocetos, la familia patriarcal se basa en los ocho siguientes principios:

1. La ideología con respecto al género se basa en la noción de esferas separadas, lo cual a su vez resulta en desigualdad de género.

2. El matrimonio legal es el constituyente básico de una familia. Las uniones libres no generan los mismos derechos y responsabilidades que aquel. Niñas y niños de éstas se consideran ilegítimos, sin derechos legales de sus padres varones.

21 La doble moral todavía existe hoy (ver Robinson, I. et al. “Twenty Years of the Sexual Revolution, 1965-1985: An Update”, en *Journal of Marriage and the Family* 53, 1991). Sin embargo, es menos drástica de lo que solía ser.

22 Snell, J.G. *In the Shadow of the Law: Divorce in Canada, 1900-1939*. University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 25.

3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente al ser miembro del hogar²³. En consecuencia, cónyuge se iguala a padre o madre.

4. El hogar familiar se trata como unidad administrativa.

5. El marido es responsable del bienestar económico del hogar. La prole y la esposa son tratados como económicamente dependientes del marido, contribuyan, o no, al hogar con trabajo, remunerado o no.

6. La madre / esposa se ve como la responsable de brindar atención y servicios a quienes lo necesiten dentro de la familia.

7. La sociedad no tiene responsabilidad del bienestar económico de una familia si hay un marido / padre presente, y ninguna responsabilidad de proporcionar cuidados si hay una madre / esposa presente. Sin embargo, si un cónyuge falta o está incapacitado, y si hay descendencia, la asistencia pública se considera legítima (aunque no siempre se otorga).

8. La homosexualidad se ve como una enfermedad o un crimen, y no se reconoce públicamente que existan obligaciones sociales, económicas o legales, entre quienes conforman parejas de un mismo sexo. El asunto se considera irrelevante a las políticas de familia, ya que las parejas de un mismo sexo se ven como antitéticas a la familia nuclear.

2.2. El modelo de familia de responsabilidad individual

Desde el cambio de este siglo, la familia y la sociedad han pasado por trastornos importantes, incluyendo varias guerras, una gran depresión y una recesión moderna, la cual es, para todo propósito, otra gran depresión. Las estructuras familiares han evolucionado sustancialmente. En consecuencia, también han evolucionado las políticas.

El cambio más grande se ha dado a nivel ideológico. De ser una sociedad que se basaba en la diferenciación de género, nos hemos convertido en una que se enorgullece de su compromiso con un trato igualitario a los y las individuos, que hace caso omiso de las distinciones de género. Un buen ejemplo de esto es la incorporación de ese principio en la Carta Canadiense de Derechos y Liber-

²³ El hecho de que la familia extensa haya predominantemente residido en más de un hogar, tanto históricamente como en el presente, no es importante en este contexto para ninguno de los modelos. El enfoque aquí es en padres y madres y su prole dependiente.

tades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Este simple cambio –en sí, resultado de muchos cambios más pequeños– vuelve a las familias al revés, o más bien, al derecho. Por supuesto, no quiere decir que hayamos alcanzado la igualdad de género en ningún sentido real. Es más, muchas / os críticas / os han argumentado que la introducción de la igualdad formal –dar trato igual a las personas a pesar de la continuación de las desigualdades existentes– en realidad ha reforzado las desigualdades existentes. Ha tenido, sin embargo, un gran efecto sobre el Derecho de Familia. Se ha erosionado bastante el estatus privilegiado de las parejas casadas legalmente, con las brechas abiertas por parejas en relaciones de hecho, y últimamente, por las parejas de un mismo sexo. El concepto de ilegitimidad ha sido abolido para todas intenciones y propósitos.

Sin embargo, la mayoría de las políticas todavía consideran como equivalentes el ser miembro de la familia y del hogar a nivel nuclear, aunque a menudo ya no lo son. Esto se discutirá más adelante. Como consecuencia, los núcleos familiares son, para muchos (aunque no todos) propósitos, todavía considerados la unidad básica de administración, lo cual lleva a un número de problemas involuntarios no anticipados.

El Derecho de Familia asigna a esposos y esposas las mismas funciones económicas. Ambos son considerados responsables de su propio bienestar económico, así como también del de su cónyuge y su descendencia. Las esposas ya no son conceptualizadas como dependientes, sino como iguales al marido, y la prole es vista, al menos por el Derecho, como dependiente de ambos²⁴. Esto no siempre es así en la realidad económica, social y política. Se asume legalmente que padres y madres son igualmente responsables del cuidado de su prole, aunque en la práctica no es así.

La tendencia reciente del Derecho de Familia, de asumir iguales responsabilidades económicas y de cuidado entre esposas y esposos, madres y padres, deriva directamente del supuesto de la igualdad entre los géneros.

Esto tiene un efecto paradójico: como ambos, padre y madre, se supone tienen capacidad de llenar las funciones de cuidado y de provisión, sigue que ambos tienen capacidad de ambas funciones; de esta conclusión se deduce que

24 Por ejemplo, el *Ontario Family Law Reform Act* afirma: “el propósito de esta sección es reconocer que el cuidado infantil, la administración del hogar y la provisión económica son responsabilidades conjuntas del y la cónyuge y que la igual contribución por los esposos, sea económica u otra, es inherente a la relación conyugal para asumir estas responsabilidades...” Énfasis agregado.

una u otro debería poder encargarse de ambas funciones. En contraste, bajo el modelo patriarcal, sólo una persona se suponía que llenaría, o la función económica, o la de atención. Bajo el modelo de responsabilidad individual, se prepara, por lo tanto, el terreno ideológico para un menoscabo de los derechos públicos de un número importante de familias, en especial para aquellas de padre o madre sola, porque no se da crédito al hecho de que una madre o padre necesita apoyo extra en la ausencia de su cónyuge. Dicha redefinición de las responsabilidades sociales no es, por otra parte, neutral en términos de género. Hay muchos más hogares jefeados por madres solas, que por hombres solos. Digo hogares y no familias, porque en la mayoría de los casos, el otro padre o madre está vivo aún. Sin embargo, por la tendencia a tratar como equivalentes el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar, el padre o madre ausente (por lo general el padre) es tratado como si no lo fuera en muchas políticas. Finalmente, las parejas de un mismo sexo van bien encaminadas hacia ser reconocidas como miembros de grupos familiares.

En general, podemos identificar los siguientes principios como subyacentes al modelo de familia de responsabilidad individual:

1. La ideología es de igualdad de género.
2. Los matrimonios legales ya no son la única unidad básica constituyente de una familia. En su lugar, se admite que las relaciones funcionales crean esta unidad básica. En consecuencia, el y la compañera en una relación de hecho se tienen como responsables del sustento económico de una y otro, tanto durante la unión como después de que ésta termina. No existen distinciones legales entre descendencia legítima e ilegítima.
3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente a ser miembro del hogar. Al ser así, cónyuge equivale a padre o madre. Recíprocamente, una madre o padre externo es en gran medida tratado como no padre o no madre.
4. El hogar es tratado como la unidad administrativa normal (con pocas excepciones).
5. Marido y esposa son igualmente responsables del bienestar económico propio, del de el o la cónyuge y del de la prole dependiente. La descendencia es considerada dependiente económica de madre y padre, y el y la cónyuge son considerados económicamente interdependientes, más que una como dependiente y el otro cabeza de familia.

6. Madres y padres son igualmente responsables de proporcionar atención y servicios a quienes en la familia lo necesiten.

7. La administración pública no tiene la responsabilidad del bienestar económico de la familia o del cuidado si está presente o un marido/hombre o una esposa/madre. Se otorgará ayuda temporal si el padre o la madre está ausente o incapacitado / a, pero la presunción básica es que un padre o madre es responsable del bienestar económico y cuidado de la niñez dependiente.

8. Las parejas homosexuales están comenzando a tener reconocimiento como una forma de familia válida.

En los capítulos siguientes, demostraré cómo el modelo de familia de responsabilidad individual es tan inapropiado como el modelo patriarcal, en principio tanto como en la práctica, como base sobre la cual formular las políticas de familia. Los problemas descritos se dan en Canadá y en general, en países altamente industrializados. A pesar de las variaciones en las legislaciones de familia, las tendencias sociales²⁵, económicas y legales²⁶ son similares a través de los países altamente industrializados, y están, por lo menos parcialmente, relacionadas a la adopción de alguna versión del modelo de responsabilidad individual²⁷.

Sin embargo, antes de proseguir con esta crítica, es importante señalar las ventajas que tiene el modelo de responsabilidad individual sobre el viejo modelo patriarcal, ya que existe una fuerte y vocinglera minoría que clama por el retorno al modelo de familia patriarcal. El de responsabilidad individual se basa en la noción de igualdad de género, mientras que el patriarcal se basa en la dominación masculina y la dependencia femenina, con la concomitante doble moral y las dificultades de dejar un matrimonio, aunque sea brutal para la mujer y / o la prole, o a veces para el hombre. El modelo de responsabilidad individual tiene, en principio, capacidad para encajar parejas de hecho y parejas homosexuales, aunque lo haya hecho tan imperfectamente.

25 Inkeles, A. "Modernization and Family Patterns: A Test of Convergence Theory", in *Conspectus of History 1*, no. 6, 1981; Popenoe, D. "American Family Decline, 1960-1990: A Review and Appraisal", *Journal of Marriage and the Family 55*, 1994.

26 Glendon, M.A. *The New Family and the New Property*. Butterworths, Toronto, 1981.

27 Fineman, M. *The Nurtured Mother, the Sexual Family and Other Twentieth-Century Tragedies*. Routledge, New York, 1995, hace una mordaz crítica de aspectos de este modelo sin usar esta terminología en particular.

La añoranza por un regreso al modelo patriarcal se basa en una visión nostálgica de ese tipo de vida familiar. Aquel es irreal y activamente dañino: al dar a conocer una versión idealizada de familia que no corresponde a la gama de familias en existencia hoy en día (ni en el pasado), y hacer presión para que haya políticas que privilegiarían este tipo de familia sobre otros tipos, el modelo patriarcal en realidad exacerba la situación de familias que ya tienen problemas. Sus proponentes manejan un sesgo conservador que obvia los problemas de la violencia y la dominación. Le otorgan a una cierta estructura la capacidad inherente de funcionar bien, a pesar de la cantidad de evidencia de lo contrario.

Un modelo de familia adecuado debería de conducir a políticas que se dirijan a las necesidades de *todas* las familias. Un buen examen es preguntar a cuáles políticas conduciría un modelo particular para familias de padre o madre sola y primeras familias de las cuales el o la ex cónyuge se ha vuelto a casar. Si el modelo no puede servir adecuadamente a estos tipos de familia tan comunes, definitivamente no es apropiado para los tiempos presentes.

Por ejemplo, afirmar que una familia consiste de “un hombre y una mujer casados viviendo con su descendencia dependiente”²⁸ deja a la primera familia de este hombre (si es divorciado y tiene una niña del primer matrimonio) como una no familia. Ello justifica y legitima un sistema de políticas sociales y de impuestos, que en muchos casos condena a su prole con la primera esposa, a la pobreza con todas sus muchas desventajas sociales. En el caso de una pareja de lesbianas con hijas e hijos, la homofobia virulenta que acompaña el modelo patriarcal envenena la atmósfera para infantes y adultas que viven en dicha familia. Finalmente, continúa restringiendo las relaciones familiares a parejas, padres y madres, ignorando que otros agrupamientos pueden también efectuar funciones familiares²⁹.

28 Gairdner, W. D. *The War Against the Family: A Parent Speaks Out on Political, Economic and Social Policies that Threaten Us All!*. Stoddart, Toronto, 1992, pág. 59.

29 Ver el capítulo 7 para una discusión de las relaciones familiares entre no parientes.

III. El modelo de familia de responsabilidad social

El modelo de responsabilidad social sería una alternativa tanto al modelo patriarcal como al de responsabilidad individual. Este modelo se desarrollará en las páginas siguientes.

3.1 La ideología concerniente a la igualdad de género

La ideología de igualdad de género no es un asunto lineal. Tanto Popenoe como Okin confiesan su adhesión a dicha ideología, con formas ampliamente diferentes de intentar implementarla, mientras que Fineman profesa desilusión con ella y la manera en que en la actualidad se pone en práctica en el Derecho. Sin embargo, es imposible argumentar a favor de la desigualdad de género porque la igualdad es constitucionalmente mandada, y porque la desigualdad de género es la base ideológica del modelo de familia patriarcal, con todos sus efectos horribles sobre la infancia y las mujeres. La tarea es ingeniarse una forma de habérselas con la igualdad de género de manera que evite los problemas inherentes al modelo de familia de responsabilidad individual; esto no se debe traducir en un acercamiento género-neutral. Más bien, cualquier abordaje legal o político basado en la igualdad de género necesita ser no-sexista (o sea, que evite todos los problemas del sexismo). Esto, sin embargo, no nos proporciona aún una visión de una sociedad igualitaria *en principio*.

Los modelos existentes, aunque de gran ayuda para ciertos propósitos, por sí solos no ofrecen una visión de cómo sería una sociedad basada en la igualdad de género. ¿Necesitarnos esa visión, cuando lo que nos interesa es la política de familia? Creo que sí. El fracaso de la legislación neutral en cuanto al género —lo cual sería una solución obvia en muchos casos si viviéramos en una sociedad en la cual la igualdad de género fuera la norma— nos alerta a la necesidad de que no podemos esperar plena igualdad de género en el nivel más bajo de organización en la sociedad (la familia) cuando esta está ausente en el nivel más alto (la nación y el mundo).

Las familias no son microcosmos aislados. Son estructuras organizacionales en las cuales la mayoría de las personas viven gran parte de sus vidas, de ahí su importancia para nuestro bienestar personal. Estas estructuras in-

teractúan con la sociedad en general. Por ejemplo, si no valoramos el cuidado de las personas dependientes a nivel social, no le daremos crédito cuando estemos definiendo los otorgamientos de pensiones³⁰, ni lo consideraremos trabajo real para lidiar con el de manera adecuada, etc. Esto tendrá efectos inevitables en quien da esa atención, lo cual, a su vez, afectará las relaciones familiares y le dará forma a la vida que resulte.

3.2. La substitución del ideal de la igualdad de género con el ideal de la mínima estratificación

Dado que vivimos en una sociedad compleja, la imaginación falla cuando tratarnos de inventar una sociedad basada en la igualdad para todas las personas que la conforman (siendo el sexo, aunque el más universal, sólo uno de los criterios alrededor de los cuáles se estratifican las sociedades)³¹. La formulación más simple sigue siendo aquella en el Manifiesto Comunista: “De cada uno (o una) de acuerdo con su capacidad, para cada uno (o una) de acuerdo con sus necesidades”³². Pero aún con esta fórmula, ¿quién determina qué es una “necesidad”? ¿Es el acceso a materiales artísticos, o a la privacidad, una necesidad tan importante como la comida, el abrigo y el techo? ¿Existe una jerarquía de necesidades? ¿Quién define cuál es esa jerarquía? ¿Quién valora la capacidad? Si una persona es talentosa pero vaga, cuáles son sus capacidades? ¿Debe la vagabundería considerarse una característica natural, o se deberá obligar a la gente a contribuir de acuerdo con su potencial? ¿Quién determina cuál es ese potencial? Una puede imaginarse la cantidad de casos legales centrados en estos asuntos.

Aún bajo las condiciones más simplistas, entonces, es difícil imaginar cómo sería una sociedad igualitaria. Vivimos en una sociedad compleja, basada en una compleja división del trabajo, la cual exige a la gente desarrollar

30 Ver Cassels, J. *Pension Credits for Unpaid Work: A Discussion Paper*. Trabajo sin publicación, Universidad de Victoria, 1995.

31 Hasta en la ficción existen pocos ejemplos de sociedades en que hay dos sexos solamente que no están estratificadas por sexo; cf., Eichler, M. “Science Fiction as Desirable Feminist Scenarios”, en *Womens Studies International Quarterly* 4, no. 1, 1981.

32 Marx, K. *Selected Writings in Sociology and Social Philosophy*. Penguin, Harmondsworth, 1961, pág. 263.

habilidades especializadas. Por ejemplo, una agricultora no puede hacer el trabajo de un piloto sin entrenamiento especializado. La diferenciación es un aspecto necesario de cualquier sociedad compleja. La diferenciación, sin embargo, inevitablemente lleva a la estratificación (Holter, 1970). Por lo tanto, es inevitable en una sociedad compleja, cierta medida de desigualdad. De esta manera, nuestra meta varía de ir hacia una sociedad basada en la igualdad, hacia una en la cual la desigualdad está minimizada. La tarea, entonces, ha girado, de imaginar una sociedad basada en la igualdad, hacia imaginar una sociedad mínimamente estratificada.

3.3. La conceptualización de una sociedad mínimamente estratificada

El primer paso es darse cuenta de que el fenómeno de la desigualdad/igualdad es multidimensional bajo todas las circunstancias. Si podemos definir las dimensiones prominentes de la desigualdad, habremos dado un paso hacia la definición de una sociedad mínimamente estratificada. Las siguientes doce dimensiones no son exhaustivas, pero son importantes sin duda:³³

1. Duración de la vida.
2. El propio cuerpo.
3. Valor humano.
4. Procesos reproductivos.
5. Trabajo.
6. Propiedades.
7. Servicios.
8. Conocimiento e información.
9. Poder político.
10. Estilos de vida.
11. Representaciones simbólicas.
12. Relaciones afectivas.

Estas dimensiones se pueden utilizar para hacer preguntas empíricas. ¿Existen diferencias en las probabilidades de sobrevivencia basadas en raza,

³³ Estas dimensiones fueron desarrolladas primero, en Eichler, *Nonsexist Research Methods, op. cit.* Fueron deducidas de una amplia cantidad de literatura que trata de desigualdades de todo tipo.

sexo, orientación sexual, religión, antecedentes étnicos, etc.? ¿Hay diferencias en el acceso a varios tipos de empleo, y cuáles son las condiciones de trabajo dentro de estas ocupaciones? ¿Qué posibilidades tiene una persona dentro de un determinado grupo, de ejercer poder político? Si la característica bajo escrutinio no predice el nivel que ocupará una persona dentro de una dimensión en particular, entonces la sociedad está mínimamente estratificada *a lo largo de esta característica en particular*.

Podemos pensar de éstas dimensiones como en una cañería. Si uno de los tubos (una dimensión) es muy largo y delgado, habrá mucha desigualdad en esta dimensión. Por ejemplo, cuando la renta más alta en una sociedad es de \$20 millones al año y la más baja de \$4 mil, la dimensión de propiedad es muy larga y delgada. Si el sistema de impuestos gravase con el 100% a todas las rentas sobre el límite de \$100.000, y subiese la renta más baja a 10.000, acercaría más los extremos. La dimensión de propiedad se condensaría para verse como un rollo gordo, más que como una manguera delgada. Por lo tanto, una de las maneras de reducir la desigualdad, es disminuir las diferencias dentro de cualquier dimensión, o en todas.

El otro aspecto concierne al grado en que se comunican los diferentes tubos. Si se comunican muy bien, una persona o grupo se encontrará más o menos al mismo nivel en todas las dimensiones, sea abajo, al centro, o arriba. Esto significa que el status de una persona en una de las dimensiones se traslada al que tiene en otra —y de esta manera contribuye a un alto grado de estratificación. En contraste, cuando el status de una persona en una dimensión no tiene relación con el que tiene en otra, sugiere que existe menos estratificación.

Nuestra definición formal de estratificación mínima es la siguiente: *una sociedad o institución está mínimamente estratificada si (1) dentro de cada dimensión de estratificación, la desigualdad ha sido reducida a su posible mínimo, y (2) si la colocación de una persona dentro de una dimensión no tiene efecto en su colocación dentro de otra.*

El primer componente de esta formulación propone la estratificación mínima como un objetivo móvil. Por ejemplo, muchas discapacidades son fuentes naturales de desigualdad. Sin embargo, a medida que los medios tecnológicos se hacen asequibles para reducir la estratificación —sillas de ruedas, por ejemplo— podríamos necesitar disposiciones para acomodar las sillas de

ruedas (legislación para que haya rampas u otros medios de acceso para la gente que las usa) para minimizar el acceso desigual a los servicios.

El segundo componente de nuestra definición de estratificación mínima se dirige al hecho de que la desigualdad es inevitablemente un fenómeno multidimensional. Si la gente está agrupada en posiciones altas (elite), o posiciones bajas, *a través* de varias dimensiones, existe un alto grado de estratificación. Si las personas que no tienen trabajo, o que tienen acceso sólo a trabajos mal remunerados, con poca autonomía, también son pobres, tienen una más baja expectativa de vida, son generalmente tratadas como si tuvieran menor valor humano, su reproducción está controlada por otras (e.g., por medio de esterilización involuntaria), no tienen, o casi no tienen, propiedades, tienen menor acceso a servicios que la gente en posiciones más elevadas, tienen poco acceso al conocimiento, etc., hay un alto grado de estratificación. En contraste, indican menos estratificación: el acceso gratuito a servicios de salud para todas las personas por igual; la educación gratuita (desde el kindergarten hasta la educación superior); fácil acceso a diversas fuentes de conocimiento en bibliotecas públicas, e importantes instituciones dentro de una sociedad, como leyes, gobierno, etc., que tratan respetuosamente a todas/os como iguales.

Una sociedad estaría minimamente estratificada por sexo si:

- mujeres y hombres tuvieran la más alta posible duración de vida biológica
- tuvieran igual control sobre sus cuerpos
- se consideraran y fueran tratadas/ os como de igual valor humano
- tuvieran igual control sobre sus procesos reproductivos
- tuvieran igual control sobre la propiedad
- tuvieran igual acceso a todo tipo de trabajo e igual grado de control sobre las condiciones de trabajo
- tuvieran igual acceso a todos los servicios gratuitos y pagos, y recibieran igual cantidad de servicios que los que dan
- tuvieran igual acceso a la creación de conocimiento y su transmisión, incluidas todas las formas de educación e información (incluyendo la capacidad de definir qué cuenta como noticia o como información de importancia general)
- tuvieran igual oportunidad de ejercer poder político

- tuvieran el mismo grado de control sobre su estilo de vida cotidiano
- tuvieran igual control sobre las representaciones simbólicas en las imágenes religiosas, ritos de iglesia, ritos seculares (e.g., el otorgamiento de medallas, honores, órdenes, etc.), en representaciones visuales (e.g., pornografía, erotismo, videos, películas, anuncios, carteleras, estatuas públicas, estampillas, etc.), en retratos verbales (poesía, ficción, ensayo, biografía, etc.)
- y en lo que respecta a la simetría o la asimetría de las relaciones afectivas

Las relaciones afectivas pueden ser muy importantes desde el nivel familiar hasta el nivel nacional. Sin embargo, el asunto es si los afectos son o no simétricos o asimétricos. En general, la parte a quién le importa menos tiene más poder dentro de una relación, que la parte a la que le importa más. Canadá, por ejemplo, se preocupa más por lo que Estados Unidos piensa sobre ella, que a la inversa. Para nuestros fines, esta dimensión no es relevante en el contexto de las políticas.

No hemos alcanzado el nivel de igualdad de género descrita, pero sin embargo, la existente hoy es considerablemente mayor que la que existía cien años atrás. Este acercamiento también nos permite comparar diferentes tipos Y grados de desigualdad de género entre varios países, e.g., Arabia Saudita y Canadá. Si fuéramos a contestar las preguntas para las mujeres en Arabia Saudita y Canadá, encontraríamos que en la mayoría de las dimensiones (y quizá en todas), la desigualdad de género es más grande en Arabia Saudita que en Canadá.

3.4. La familia bajo la mínima estratificación

La mínima estratificación a nivel social y familiar

Para poder decir que las familias se basan en la igualdad, necesitamos demostrar que en la sociedad hay mínima estratificación con base en el sexo y el status conyugal³⁴. Como hemos visto, esto es lejano de la realidad. Sin em-

³⁴ Esta es una doble simplificación deliberada. Las familias están organizadas por edad y género. He omitido la edad –y por lo tanto también la importante estratificación que se da entre la niñez y las personas adultas, y entre éstas y la vejez– para poder concentrarme en el género. También he puesto en una misma clase la estratificación que se da en base al estatus madre/padre. Hasta donde inte-

bargo, todavía necesitamos considerar la respectiva posición de cónyuges como cónyuges.

Igualdad/desigualdad entre cónyuges

La pregunta es, entonces, si las personas son iguales con respecto a las varias dimensiones listadas previamente *en su capacidad como cónyuges*. Este análisis se puede llevar a cabo para parejas específicas, o para parejas en general. Yo analizaré la desigualdad/igualdad para parejas en general, y restringiré la discusión a parejas heterosexuales, por el momento.

En lo que respecta a la duración de la vida, ¿hay algo en el matrimonio que reduce o aumenta la duración de la vida de esposos y esposas? Como Jessie Bernard³⁵ argumentó hace un cuarto de siglo, el matrimonio es bueno para los hombres. Los casados tienden a vivir más tiempo que los solteros. No pasa lo mismo con las mujeres. La información reciente sugiere un leve nivelamiento de este efecto, pero en general esta relación todavía se mantiene³⁶.

ractúa con el género (ser madre versus ser padre), se tomará un tanto en cuenta. Sin embargo, se podría hacer el análisis completo alrededor del status madre/padre. He escogido no hacerlo para mantener la relevancia de este acercamiento para los tres modelos en consideración.

35 Bernard, J. *The Future of Marriage*. Bantam, New York, 1972. *of Marriage and the Family* 5/, 1989. Utilizando la misma información establecida y con un enfoque en el suicidio, Trovato encontró que “el cambio de soltero a casado produce más reducción en el riesgo de suicidio para los hombres que para las mujeres”. Trovato, F. “Sex, Marital Status and Suicide in Canada: 1951-1981”, en *Sociological Perspectives* 34, no. 4, 1991, pág. 137 y ver también pág. 440.

36 La hipótesis de Samuelsson. G. y Dehlin, O. “Family Network and Mortality: Survival Changes through the Lifespan of an Entire Age Cohort”, en *International Journal of Aging and Human Development* 37, no. 4, 1993, de que las redes de recursos de las familias normalmente benefician más a hombres que a mujeres, fue apoyada por el primer estudio longitudinal de un cohorte total nacido en una localidad sueca. “Los hombres solteros y los divorciados, y también los viudos, tienen menores tasas de sobrevivencia comparados con mujeres en estas mismas categorías. El descubrimiento de que la viudez y el divorcio eran factores “positivos” para la sobrevivencia de las mujeres también parecería estar de acuerdo con esta perspectiva”. *Idem.*, pág. 290.

Al examinar una muestra representativa de alemanes en la vieja República Federal Alemana (antes de la integración de la anterior República Democrática Alemana), Klein encontró que la viudez aumenta el riesgo de mortalidad por un factor de 1.5, y el divorcio por un factor de 2.1. Klein, T. “Soziale Determinanten der Lebenserwartung”, en *Kolner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie* 45, no. 4, 1993. Sin embargo, encontró que las mujeres también corren un mayor riesgo de mortalidad por un factor de 1.7, aunque no existe diferencia entre ser viuda o divorciada.

Por supuesto, hay otros factores además del matrimonio, que influyen en la expectativa de vida. Por ejemplo, la gente más pobre tiene expectativas de vida más bajas que la gente rica. En Rusia entre 1990 y 1993, se dio una espeluznante caída de cinco años en la expectativa de vida, la cuál sólo puede explicarse por la rápida transición social que ha experimentado desde 1990³⁷.

En contraste, el control sobre el propio cuerpo está íntimamente ligado al matrimonio. Hasta 1983³⁸, en Canadá, un hombre tenía derecho legal a tener acceso al cuerpo de su esposa con fines sexuales, lo quisiera ella o no - en otras palabras, él podía violarla legalmente³⁹. Esto cambió cuando la violación marital se convirtió en crimen⁴⁰. La violación es sólo una forma de usar el cuerpo de otra persona para propósitos propios. La violencia física es otra. Como hemos visto, las mujeres son más propensas a ser atacadas por sus citas, novios, compañeros o maridos y a menudo, por sus ex novios y ex maridos.

Operacionalizar (transformar) el valor humano en variables mesurables es difícil. A nivel societario, podemos estudiar la existencia, la extensión y grado de protección activa y efectiva de las leyes de derechos humanos. A nivel familiar, la ley actual asume que esposas y esposos son de igual valor, en la medida que supone igual responsabilidad y capacidad. Ya no asume que el varón es el “amo” de la esposa o el “cabeza” de familia, como era bajo el modelo patriarcal. El que entre cónyuges se den o no igual valor es una pregunta estrictamente empírica que varía de pareja en pareja.

Examinando todas las muertes canadienses entre 1951 y 1981, Trovato y Lauris encontraron que de un cabo al otro, el matrimonio era más beneficioso para los hombres que para las mujeres en la reducción de la mortalidad. Trovato, F. y Lauris, G. “Marital Status and Mortality in Canada: 1951-1981”, en *Journal*

37 En 1990, la expectativa general de vida era de 69.2 años y en 1993 era de 66. Separadas por sexo, era de 63.8 en 1990 y de 59 en 1993 para los hombres. Para las mujeres, era de 74.3 en 1990, y de 73 en 1993. Los números vienen del Informe Nacional para la Cuarta Conferencia sobre la Situación de las Mujeres (en ruso), Moscú, 1994, pág. 24. Esta información fue traducida y suministrada por Yevgeni Issraelyan.

38 Bala, N. *Legal Principles for Families. Children and Youth: A Discussion Paper. Department of Justice*, Ottawa, 1995.

39 Para un análisis de la prevalencia, naturaleza y seriedad de la violación marital, ver Russel, D.E.H., *Rape in Marriage*. Collier Books, New York, 1982.

40 Ver también Kaganas, F. y Murray, C. “Law Reform and the Family: The New South African Rape-Marriage Legislation”, en *Journal of Law and Society* 18, no. 3, 1991, para una interesante discusión sobre el debate alrededor de este asunto en África del Sur.

En lo concerniente a procesos reproductivos, la igualdad toma dos formas: poder reproducirse si una quiere y tiene capacidad para hacerlo, o no reproducirse si no lo quiere. Cualquiera de los cónyuges puede prevenir la reproducción si ambos sexos tienen acceso igual e *independiente* a la contracepción, o si ambos están en iguales posibilidades de rehusar tener relaciones sexuales. Para las mujeres, el acceso al aborto es crucial⁴¹. Para concebir un niño o una niña, se necesita, ya sea la cooperación activa de una pareja, o el poder de una persona (presumiblemente el varón) para forzar a la otra. Como la reproducción necesariamente involucra al menos⁴² a dos personas, no puede haber tal cosa como el “derecho a reproducirse” *individual*⁴³.

El trabajo incluye el acceso a todo tipo de empleo, control sobre sus condiciones, así como la ejecución de tareas no remuneradas. Como las mujeres continúan teniendo desventaja en el mercado laboral, no hay igual acceso a todas las clases de trabajo para hombres y mujeres. El control sobre las condiciones laborales tiende a ser asociado con más autonomía en los empleos de más alto nivel. Las mujeres tienen menor acceso a empleos de alto nivel, y por lo tanto, menor control sobre las condiciones de trabajo que los hombres. Si las mujeres varían sus aspiraciones profesionales porque tienen que moldear sus propios empleos alrededor de aquellos de los maridos, o por las

41 Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, el aborto estaba restringido casi en todas partes. Las leyes sobre aborto fueron liberalizadas en la mayoría de los países de Europa del Este y Central en los años cincuenta, y en la mayoría de los países altamente industrializados durante los sesentas y setentas. Algunos países del Tercer Mundo también suavizaron las restricciones al aborto durante este período, entre los cuales los más notorios fueron India y China. Desde la caída del Muro de Berlín, las leyes de aborto en algunos de los países previamente socialistas, se han vuelto más restrictivas. Ver *Childbirth by Choice Trust. Abortion in Law and History*. Toronto, 1992; Boland, R. “Abortion Law in Europe in 1991-1992”, en *Journal of Law, Medicine and Ethics* 21, no. 1, 1993; David, H.P. “Abortion in Europe. 1920-91: A Public Health Perspective”, en *Studies in Family Planning*, 23 no. 1, 1992; Funk, N. “Feminism and Post-communism”, en *Hypatia* 8, no. 4, 1993; Newman, K. *Progress Postpone: Abortion in Europe in the 1990s*. International Planned Parenthood Federation, London, 1993; Sachdev, P. *Internatiollal Handbook on Abortion*. Greenwood Press, New York, 1988.

42 Las nuevas tecnologías reproductivas pueden involucrar a más gente, aunque el embrión se genere con el óvulo y el esperma de la pareja.

43 La mayoría de las personas tienen una capacidad individual de reproducirse innata que puede (con mala intención o no) ser dañada o quitada. Aunque les neguemos a las personas individuales el “derecho” de reproducirse, puede existir la “capacidad” de reproducirse para las mujeres que utilizan los bancos de esperma.

exigencias familiares, tanto la familia como el mercado laboral reducen el acceso de las mujeres a trabajos mejor remunerados y más prestigiosos. Sin embargo, la cantidad de tales empleos es limitada tanto para hombres como para mujeres. Realistamente, la mayoría de la gente busca un trabajo con una paga y condiciones laborales decentes. El hecho de que quienes trabajan tiempo parcial no tengan igual protección que quienes trabajan tiempo completo, trae desventajas a más mujeres que hombres.

En cuanto al trabajo no remunerado, señalamos antes que las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de ejecutar trabajo no remunerado en la familia. Esto tiende a acompañar al matrimonio, y es, por lo tanto, un importante aspecto que persiste de la desigualdad entre cónyuges.

La propiedad incluye todo tipo de bienes –dinero, bonos, acciones y otras propiedades. En realidad, la mayoría de las personas tienen sólo dos tipos principales de propiedad: su capacidad de ganar dinero (que está en función directa del tipo de empleo que tengan) y su casa. Con respecto a los empleos, hemos visto que las mujeres tienden a estar agrupadas en los empleos de menor remuneración y prestigio. Sin embargo, el Derecho de Familia en Canadá decreta que al divorciarse, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio se dividan en partes iguales. A pesar de tan equitativa división, la mujer, en promedio, termina con menos propiedades que el hombre. Existen cuatro factores para esta desigualdad.

Primero, si la más importante propiedad consiste en beneficios relacionados con el empleo (principalmente, la capacidad de ganar a lo largo de la vida), entonces el hecho de que la esposa obtenga la mitad de los bienes acumulados por el esposo durante el matrimonio le hace un reembolso parcial por el pasado, pero la sigue dejando en desventaja para el futuro, desde el día de la separación en adelante. A no ser que reciba manutención personal, ella tendrá que mantenerse con su propio salario. Si el matrimonio le ha dificultado o interrumpido su carrera, esto le afectará para el resto de su vida laboral y hasta sus años de retiro.

Segundo, la esposa, por lo general, tiene la custodia de la prole, y como los bienes se dividen entre cónyuges, y no entre quienes conforman la familia, dos o más personas (esposa e infantes) reciben tanto como una sola (el marido). Tercero, las pensiones para los y las niñas son usualmente inadecuadas, no se ajustan a la inflación, y encima de todo, a menudo se incumplen. Cuarto, aunque el valor de la casa matrimonial se reparte al divorciarse, dadas las probabi-

lidades de que la esposa gane menos, ella tendrá menor capacidad de adquirir una nueva, o de comprar al marido su mitad de la casa común. Si la esposa tuviera un mejor empleo que el esposo, sólo uno de los factores antes mencionados aplica, yes que ella tiene más probabilidades de obtener la custodia de la prole y, por lo tanto, una repartición de bienes por igual le trae desventajas económicas. Sin embargo, el resto de los factores trabajarán a su favor.

Los servicios son gratuitos o pagados. Como se señaló anteriormente con respecto a los gratuitos, los maridos tienden a recibirlos más de sus esposas, que a la inversa. En cuanto a los pagados, ¿cuáles son asequibles a qué precio? ¿Invierte el Estado una cantidad igual del dinero recaudado por impuestos, en servicios para mujeres en sus roles de esposa y madre, que el que se invierte en servicios para hombres en sus papeles de esposos y padres? ¿Qué proporción de ese dinero se gasta en el cuidado infantil, en la administración del hogar y la manutención de familias en general, comparado con lo que se gasta en los servicios que benefician principalmente a los hombres? Por ejemplo, ellas dependen más del transporte público que ellos, sin embargo, los subsidios públicos para automóviles privados son más altos que los subsidios para aquel⁴⁴. ¿Por qué en épocas de crisis fiscal, usualmente se reduce el transporte público, en lugar de trasladar parte del gasto público en los automóviles privados a sus dueños?⁴⁵

Los estilos de vida varían mucho de pareja a pareja. El asunto principal no es quién administra el estilo escogido, sino quién lo escoge. ¿Es una decisión conjunta, o es impuesta por uno de los cónyuges? ¿Controla uno de ellos el estilo de vida de la otra al regular sus actividades, decidir con quién se asocia, planear rutinas diarias, o decidir y establecer los tipos de comportamiento adecuados, etc.?

En esta cultura, las mujeres se encuentran en desventaja cuando se trata de representaciones simbólicas. La mayoría de las estatuas públicas son de hombres. La figura de Dios, en las principales religiones monoteístas, es in-

44 Para ver algunos de los costos públicos relacionados con los automóviles privados, ver Zuckerman, W. *End of the Road: The World Car Crisis and How We Can Solve It*. Lutterworth Press, Cambridge, 1991; Zielinski, S. "Access over Excess: Transcending Captivity and Transportation Disadvantage", en *Change of Plans: Towards a Non-sexist Sustainable City*. M. Eichler, ed. Garamond, Toronto, 1995.

45 Se me ocurren varias opciones: se podrían aumentar las tarifas de las licencias (y no los pasajes del tránsito público); se podría aumentar el impuesto a los combustibles; se podrían cobrar peajes a quienes manejan dentro de la ciudad, exceptuando a las personas discapacitadas y las que se dedican a hacer entregas o repartos, etc.

variabilmente masculina. Los medios y la publicidad, implacablemente, objetizan el cuerpo femenino. Dentro del matrimonio, el apellido es quizás el símbolo más fuerte. Cuando las esposas conservan el propio, indica igualdad de género; cuando toman el del marido, desigualdad.

Finalmente, las relaciones afectivas dentro del matrimonio son muy importantes. En general, la persona a quien le importa más la pareja está en una posición más débil que a quién le interesa menos. A las mujeres se les enseña, y es esperado socialmente de ellas, que carguen con la mayor parte del trabajo emocional necesario para mantener y sostener un matrimonio. A los hombres se les estimula para que piensen de sí mismos como independientes, y esto puede calar hasta en el ámbito de sus relaciones emocionales⁴⁶. Este aspecto es importante para entender las desigualdades, pero queda fuera del alcance de las políticas públicas ya que obviamente el grado de interés que una persona tenga por una relación, ni debería ni podría ser regulada por el Estado.

Es importante ver la desigualdad como un fenómeno multidimensional. Sirven para reducirla las políticas que, o disminuyen la desigualdad en una de las dimensiones, y/o suben a la cónyuge que en general se encuentra en una posición más baja en varias de las dimensiones, a un nivel más alto en otras. Si nos enfocamos en minimizar las desigualdades que resultan del matrimonio, o de ser madre o padre, en vez de en lograr la igualdad (particularmente aquella que resulta en igual trato), tendremos una fuerte herramienta a mano que nos permitirá evaluar si ciertas políticas crean, mantienen, dejan incólume, o reducen la desigualdad en una situación dada. Nuestro primer componente del modelo de familia de responsabilidad social es, entonces, este: (1) *Existe un compromiso ideológico para reducir al mínimo la estratificación basada en el sexo.*

El matrimonio como relación legalmente privilegiada

La Corte Suprema de Canadá ha registrado repetidamente en sus decisiones una defensa al matrimonio heterosexual (legal o de hecho) como una institución que merece ser privilegiada en términos de acceso a ciertos beneficios.

⁴⁶ Esto no quiere decir que los hombres tengan menor necesidad de relaciones que dan sustento emocional, sino que esta necesidad puede ser menos centrada en una persona en particular, i.e., mientras haya con quién tener la relación, puede ser suficiente.

En *Egan v. Canadá*, un homosexual pidió pensión conyugal, a la cual hubiera tenido derecho de haber sido la persona con quien vivía del sexo opuesto. Al rechazar su demanda, los jueces argumentaron: ...la principal razón de ser (del matrimonio) ... está firmemente ligada a las realidades biológicas y sociales, de que las parejas heterosexuales tienen la capacidad única de procreación, que la mayor parte de la niñez es producto de éstas relaciones, y que es cuidada y atendida por quienes viven en esa relación. En este sentido, el matrimonio es, por naturaleza, heterosexual. Sería posible definirlo legalmente para que incluya a las parejas homosexuales, pero esto no cambiaría las realidades sociales y biológicas que subyacen al matrimonio tradicional]⁴⁷.

La pregunta es si la prole es generalmente atendida y cuidada por quienes están en una relación heterosexual. Depende. Si interpretamos esto como que recibe cuidado y atención de aquella misma pareja heterosexual que puso los insumos genéticos, entonces cada vez es menos este el caso, como hemos visto anteriormente, dadas la cantidad y proporción de infantes que nacen de madres solteras⁴⁸, o cuyos padre y madre se divorcian o separan. Estos niños y niñas son atendidas principalmente por sus madres, con ayuda de su cónyuge (si lo hay), sea o no esta persona el padre biológico. En el último caso, el paralelo con la situación de las madres lesbianas es sorprendente: en una relación lésbica, la prole es atendida y cuidada por la madre y su compañera (una mujer). Los jueces fusionan los roles conyugales y materno/paternales, lo cual es muy común pero lleva a varias dificultades.

La pensión conyugal es asequible a cualquier pareja heterosexual, sea casada o de hecho, después de que hayan convivido por al menos un año. Como señalan los jueces disidentes en *Egan v. Canadá*, la capacidad de procreación es irrelevante en este contexto. Una pareja heterosexual de edad avanzada con un año de convivencia, y que nunca haya criado niñas y niños en conjunto, podrá recibir esta pensión si reuniera los demás requisitos de elegibilidad. Dado el contexto, entonces, la fusión de los roles marital y conyugal es particularmente drástica. El Magistrado La Forest se dirige a esta fusión de la manera siguiente:

No me preocupa el hecho de que no todas estas parejas heterosexuales tengan hijas e hijos. Es la unidad social que tiene la *capacidad* singular de procrear infantes y que generalmente asume su crianza, y como tal se garan-

47 *Egan v. Canadá*, S.C.C., 1995, expediente 23636 Lamer, C.J.; La Forest, Gonthier; y Major, JJ., pág. 4.

48 Muchas de las mujeres y su prole viven en uniones libres y, por lo tanto, deben restarse del total.

tiza el apoyo del Parlamento para llenar sus necesidades. Esta es la única unidad en la sociedad que expende recursos para el cuidado de los y las niñas en forma prolongada y rutinaria ... ya sea que madre o padre dejen el trabajo remunerado o que ambos paguen impuestos extra (after tax dollars) para cuidado infantil, esta es la unidad en la sociedad que fundamentalmente sujeta otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad⁴⁹.

Sin embargo, como hemos visto, *no* es la única unidad que tiene capacidad de procrear, ni es tampoco la única que generalmente asume el cuidado de la niñez. Es más, encontramos una creciente discrepancia entre la paternidad social y la biológica. De existir una unidad única, ésta sería la de madre-infante⁵⁰. No podemos darle privilegios a las parejas casadas o heterosexuales en general, para promover un buen cuidado infantil o más grandes beneficios sociales para la sociedad.

Ya no podemos justificar los beneficios a parejas, casadas o de hecho, solamente porque crían a la niñez para el Estado, porque las relaciones heterosexuales (legales u otra) ya no son una variable relacionada necesariamente con la crianza infantil. ¿Existen otras razones para privilegiar a las relaciones de pareja? El Magistrado LaForest cita una segunda función de esta relación: “es la unidad en la sociedad que forma la base fundamental para otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad”.

Existe notable evidencia de que las relaciones íntimas de las personas sirven como anclas para otras relaciones e influyen cómo una experimenta otros aspectos de la sociedad. Cuando se trata de adultas/os que ni son dependientes ineludibles, ni están en estado de dependencia derivada (de dar cuidado a tiempo completo), surgen al menos dos cuestiones separadas. ¿Es de interés para el Estado alentar a las personas adultas para que vivan juntas? ¿Por lo tanto, debería haber beneficios para aquellas que están en dichos arreglos? ¿Crea el vivir en pareja una obligación de mantenerse el uno a la otra más allá de la duración de la unión? Más adelante hablaré de este punto. Aquí me mantendré dentro de la primera pregunta.

49 Egan y Nesbit v. *the Queen*, 1995, párr. 25.

50 Esto está cambiando con las nuevas tecnologías reproductivas, pero en términos puramente numéricos alrededor del mundo, todavía podríamos considerar que esta es la única unidad en lo concerniente a la congruencia entre maternidad/paternidad social y biológica. También es la única unidad en la cual la mayor parte del cuidado infantil es proporcionado por la madre.

Habiendo dispuesto del argumento de que la función del cuidado infantil se lleva a cabo sólo dentro de las familias heterosexuales nucleares, la pregunta es si la función de “anclar” es suficiente para asegurarles un status especial a las relaciones heterosexuales. Si la respuesta es *no*, involucraría un cambio de política que mejoraría la situación de algunas parejas y sería desventajoso para otras; aquellas a las que se les reducen los beneficios por su renta familiar ganarían, mientras que aquellas que reciben beneficios simplemente con base en su relación de pareja (e.g., exención conyugal) perderían.

Si, por otro lado, una quiere argumentar (y ese argumento se justifica también) que es beneficioso para la sociedad que las personas vivan juntas en agrupaciones de apoyo, sugeriría que todas éstas, sin importar los sexos de las personas adultas, deberían ser privilegiadas. Además, se podría argumentar que las agrupaciones de más de dos que decidan vivir interdependientemente deberían por igual ser elegibles para los mismos (prorratedos) beneficios que las parejas, heterosexuales y homosexuales, casadas o no. En cualquier caso, no hay razón para privilegiar las uniones heterosexuales y no las otras. Nuestro segundo componente del modelo de responsabilidad social de la familia es: (2) *Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio legal está incluido pero no es más privilegiado que otras relaciones.*

Supuestos sobre la incongruencia/congruencia en el ser miembro de la familia/hogar y roles conyugales

Como hemos visto en capítulos anteriores, la incongruencia entre el ser miembro de la familia y del hogar es generalizada y no muestra señales de disminuir. El basar las políticas en una *suposición* inexacta de la realidad trae problemas. El acercamiento más razonable sería, por lo tanto, el de no hacer tales supuestos. Sin embargo, este no es asunto fácil. Es necesario ver las relaciones familiares a través de los hogares, así como también dentro de los hogares.

Dado que padres y madres tienen responsabilidades con su prole, no hay razón para que dicha responsabilidad cese si uno de ellos ya no vive con sus hijas e hijos⁵¹. Debemos conceder que el padre o la madre que no comparte un hogar con su prole, aún tiene responsabilidades económicas con ella.

51 Sin embargo, los derechos paterno/maternales del padre o la madre que no convive se verán negativamente afectados, porque de otra manera, el padre o madre que tiene la custodia no puede llevar

El asunto se complica más con respecto a cónyuges de madres (o padres) que tienen la custodia (padrastrros y a veces madrastras). Los padrastrros y madrastras adquieren derechos paterno/maternales parciales por medio de su comportamiento de cuidado real. Con respecto a las obligaciones de manutención de la prole después de la disolución de la unión, parece sensato adjudicar cierta responsabilidad a los padrastrros (o a las madrastras) *dependiendo de la duración de la relación y la edad de los y las niñas*. Una regla empírica en potencia podría ser que las obligaciones de manutención para hijas e hijos no-biológicos no debería exceder la duración de la unión⁵². Ya que las obligaciones del padre biológico continuarían sea como sea, algo de mantenimiento sería asequible. Cómo se traduciría esto a políticas prácticas si, por ejemplo, el padre biológico estuviera ausente o fuera pobre y el padre social fuera rico, se discutirá en el próximo capítulo. El tercer componente del modelo de familia de responsabilidad social es este: *(3) En el nivel nuclear el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser, pero no se asume que lo sean, equivalentes. Por lo tanto, lo marital no se identifica automáticamente con paternazgo/maternazgo, y éstos no se identifican inmediatamente con lo conyugal.*

3.5. La unidad de administración

Dado que ya no existe un supuesto de equivalencia entre el ser miembro del hogar y de la familia, no tiene sentido tomar el hogar como la unidad de administración para la mayoría de los propósitos. (Hay algunas excepciones, como las cuentas de detalles de consumo en el hogar: residencia familiar, servicios, etc.) En su lugar, deberíamos tomar a la persona individual como la unidad de administración. Esto no es ni rebuscado ni diferente de lo que

a cabo, adecuadamente, su rol materno (o paterno), así como tampoco vivir su vida sin trabas que le pondrían decisiones del o la excónyuge. Ver el razonamiento del Magistrado Abella en *MacGyver v. Richards* (1995), *11 R. F. L. (4º), Ont. C.A.*

52 Si un padrastro/madrastra continúa pagando voluntariamente, no hay problema, por supuesto. Si un padrastro/madrastra desea continuar su contacto social con la prole, y esta desea lo mismo, en principio, esta relación se debe alentar, si es beneficioso para los y las niñas –sin importar si el padrastro/madrastra paga o no manutención. De hecho, esto es lo que pasa con muchos/as padres/madres biológicas (principalmente padres) hoy en día. Solamente alrededor del 16% paga pensión, pero alrededor del 50% mantiene algún contacto con la descendencia, lo cual significa que hay una substancial minoría que mantiene algún vínculo sin pagar manutención.

Canadá hace hoy o hizo antes en algunos casos. El actual sistema canadiense de seguridad en salud funciona con base individual: o sea, cada ciudadana/ o y residente permanente tiene derecho al acceso a los servicios de salud básicos *como individualo*. Las y los niños están registrados como descendientes de su padre y madre, pero tienen acceso a los servicios *en derecho propio*. Si se fueran a vivir con una tía, padrino, o madre de crianza por un año, aún tendrían derecho a servicios de salud.

De manera similar, la asignación familiar se le pagaba a la persona que brindaba las atenciones principales (la madre), *a no ser que quien los brindaba fuera otra persona*, en cuyo caso se le pagaba a esa otra persona. En otras palabras, la asignación familiar iba ligada al o la infante, e iba con ella si la persona que la cuidaba cambiaba⁵³. En el presente, “el sistema canadiense de impuesto a la renta se está moviendo, de enmienda en enmienda, hacia un sistema basado en el estado civil”⁵⁴. La tributación individual, comparada con la de pareja, “asegura la autonomía y ayuda a que las mujeres tengan mayor igualdad al aligerar los costos de las oportunidades tributarias del matrimonio”⁵⁵.

Un sistema similar se podría adoptar para las personas adultas que necesitan atención: la asignación para ésta va ligada a ellas como individuos. Si tienen la capacidad de decidir, ellas definen a quién se le paga, sea a alguien de la familia o alguna otra persona. Si no pueden tomar ésa decisión, la asignación por cuidados va a la persona que se los está dando. Esto eliminaría el ir y venir entre el familismo y el individualismo y le permitiría a los y las familiares proporcionar el cuidado a los y las dependientes ineludibles sin ser penalizados económicamente por ello. El cuarto componente del modelo de familia de responsabilidad social es, por lo tanto: (4) *La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones)*.

53 Desde entonces, lo que antes era la asignación familiar se ha incluido en el *Child Tax Credit*, que se basa en los ingresos familiares, y por lo tanto inclina la balanza hacia un trato a la familia/hogar como la unidad de administración.

54 Maloney, M. “Women and the Income Tax Act: Marriage, Motherhood and Divorce”, en *Canadian Journal of Women and the Law* 3, no. 1, 1989, pág. 187.

55 Idem., pág. 191. No concuerdo con todas las propuestas de Maloney. Específicamente, estoy en desacuerdo con su posición sobre la renta imputada –la tributación del trabajo doméstico de la mujer (ver págs. 192-203). Ella no toma en cuenta la doble naturaleza del trabajo no remunerado que se hace en la casa: trabajo útil a la sociedad (el cuidado de dependientes ineludibles) y el trabajo útil a lo privado (servicios y cuidado de adultos en plena capacidad física y mental).

Los supuestos que atañen a la dependencia/interdependencia económica y la provisión de atención

Primero, tenemos que diferenciar las distintas formas de dependencia. Están: la dependencia ineludible con su correlativo de dependencia derivada; la interdependencia que se crea cuando se convive y se mezclan asuntos; la dependencia temporal, como cuando una persona adulta decide estudiar y se hace económicamente dependiente de otra. Esta dependencia no es ni inevitable ni derivada, ni tampoco se da necesariamente en un contexto de interdependencia (la cual implica contribuciones mutuas), pero es, sin embargo, real e importante.

Los y las dependientes ineludibles incluyen a la niñez, y a personas adultas que necesitan atención por enfermedades crónicas o temporales, discapacidad, senilidad, etc. Bajo el modelo de sociedad de responsabilidad individual, el cuidado de estas personas es deber de la familia. Generalmente se convierte en responsabilidad de las mujeres dentro de la familia (en la práctica, aunque no por ley). De esta manera, se conceptualiza como una tarea privada, una parte del “trabajo doméstico” o “trabajo de familia”. El concepto de trabajo doméstico se refiere al trabajo no remunerado que ejecuta una persona de la familia o del hogar para otra de ellas, o para ella misma, e incluye el mantenimiento y las funciones de servicios personales⁵⁶. Se han propuesto muchas otras definiciones, pero usualmente el trabajo doméstico o de familia se define por la naturaleza de la tarea: instrumental, como limpiar y comprar; emocional, como la subsistencia y guía a las personas allegadas; trabajo exterior (e. g., de jardín) y de interior (e. g., barrer); tareas diarias repetitivas, como la preparación de la comida; las no frecuentes ni repetitivas, como arreglos menores, etc.

Si vemos la imagen con un par de lentes diferentes y nos preguntamos quién se beneficia del trabajo no remunerado que se hace en casa, veremos un cuadro bastante diferente —una parte del trabajo tiene *utilidad social*, y otra, privada. Un simple test sirve para identificar cuál es cual: si un tipo de cuidado no lo brindara una persona dentro de la familia, ¿lo asumiría la administración pública? Si la respuesta es afirmativa, estamos ante un tipo de atención de utilidad social que brindan las personas individuales, a menudo

56 Ver Eichler, *Families in Canada Today*, op. cit., págs. 140-64.

dentro de sus casas, como la que se le da a los y las dependientes ineludibles. De ser negativa (como cuando la esposa brinda servicios a un marido en plenas capacidades mentales y físicas, a un hijo o hija adulta, para ella misma, o cualquier otra persona adulta), entonces es un servicio de *utilidad privada*.

El Estado se beneficia directamente del cuidado a los y las dependientes ineludibles de dos maneras: la atención privada es a menudo (¡no siempre!) de mejor calidad que la atención institucionalizada, y, definitivamente, es más barata. De esta manera el Estado ahorra grandes cantidades de dinero. Por lo tanto es de interés del Estado apoyar el cuidado de los y las dependientes inevitables por todos los medios a mano.

Sin embargo, ¿le es útil al Estado dicho cuidado solamente cuando lo brinda una persona miembro de la familia? ¿Y quién es precisamente esa persona? Esta es, obviamente, una pregunta de respuesta indeterminada. En una época, se consideraba que los cónyuges de hecho no eran familia; ahora se les define como tal, para todos los fines y propósitos. Las parejas del mismo sexo están forjando su camino hacia allí. Con la paternidad parcial, a los padres no biológicos (y a las madres) se les ha otorgado status familiar, aunque el padre o madre biológica está aún cercano, y aunque la pareja conviva en un matrimonio de hecho, no formal.

Antes de analizar un ejemplo de atención no familiar, debernos señalar que la dependencia tiene al menos dos componentes importantes en este contexto: (1) la dependencia del hecho mismo de brindar atención (cambiar pañales, alimentar, jugar, vigilar constantemente a la criatura; proporcionar comida, posiblemente vestir y brindar otra ayuda práctica a la persona adulta dependiente); (2) La dependencia económica tanto de quien recibe atención, como de quién la brinda; esta última es una dependiente derivada, porque atender a alguien todo el día⁵⁷, le imposibilita ganarse la vida a tiempo completo⁵⁸.

57 El término de tiempo completo es problemático. Los empleos a tiempo completo implican trabajar 8 horas diarias, cinco días a la semana. Eso deja libres, todavía, 2 días de 24 horas cada uno y 16 horas cada día de la semana. Si una persona requiere atención durante todo el día, estamos hablando de tres trabajos a tiempo completo más tres empleos de tiempo parcial los fines de semana, no de uno.

58 Existen, por supuesto, cualquier cantidad de variaciones y combinaciones. Si otra persona o institución, como un centro diurno o un servicio casero, da atención parcial, quien se encarga del cuidado puede trabajar remuneradamente a tiempo parcial; o a tiempo completo, si dicha atención se da a tiempo completo.

Ahora examinaré un ejemplo empírico de comportamiento de cuidado entre no parientes para proporcionar elementos para una discusión de las relaciones de dependencia entre no familiares.

Relaciones de apoyo entre no parientes

El parentesco se puede definir como las relaciones entre personas vinculadas por sangre, matrimonio o adopción. Les otorgamos cualidades especiales a estas relaciones, sin embargo hay relaciones de parentesco que están muy (a veces por completo) inactivas, y hay relaciones con personas con las cuales no estamos conectadas ni por sangre, ni matrimonio, ni adopción, que pueden ser tan multifacéticas, importantes y permanentes como las relaciones por parentesco.

Algunas veces, dichas relaciones se constituyen como parentescos ficticios: esto se refleja en comentarios como “Ella es como una hermana para mí”, “Lo considero mi hijo”, “Esta es tu tía Fátima”, etc. Algunas culturas, especialmente en América Latina, tienen un sistema de padrinos y madrinas formal, el cual asigna derechos y obligaciones culturalmente entendidos a quienes tienen una relación de madrina o padrino.

En Norte América esto es menos usual. En un estudio comprehensivo de la amistad⁵⁹, Rubin ha explorado las muchas formas en las que el parentesco y la amistad son semejantes y desemejantes, y cómo son experimentados de manera diferente por hombres y mujeres. Una de las más importantes diferencias entre las dos clases de relaciones es que la de parentesco es socialmente –y a menudo legal y económicamente– apoyada. La parentela heredará de una persona que muere intestada y no tiene familia cercana inmediata. En los acontecimientos especiales de la vida, como los matrimonios, nacimientos, bar mitzvah, aniversarios importantes, o funerales, se espera que la familia participe, y esta expectativa se nos transmite de múltiples formas. Por ejemplo, cuando tal acontecimiento involucra al cónyuge de una pareja heterosexual, amistades, colegas y vecindario asumen que esto afecta a la otra cónyuge, y hace comentarios en ese sentido. Podrían no hacer tal esfuerzo si se tratase de una pareja homosexual. Hay gran cantidad de tarjetas impresas que celebran las relaciones de las parejas heterosexuales. ¿En las tiendas, cuán-

59 Rubin, L.B. *Just Friends: The Role of Friendship in Our Lives*. Harper and Row, New York, 1985.

tas tarjetas que celebren los aniversarios de parejas del mismo sexo se pueden encontrar?

La parentela puede, con facilidad, excluir al cónyuge del mismo sexo como nuera, yerno, etc.⁶⁰

Este no es el caso con las amistades: “la amistad, en nuestra sociedad, está afianzada sólo por un vínculo emocional. Sin pacto social, momento ritual, ni juramento de lealtad y constancia para conservarla, la amistad se convierte no sólo en la relación social más olvidada de nuestro tiempo, sino, muy a menudo, en la más frágil”⁶¹.

Mientras que la amistad se vive en gran medida como una relación condicional, el parentesco es incondicional. Una no elige a la mayoría de la parentela (*sí* se escoge el o la cónyuge en nuestra sociedad, aunque no sus parientes, que se convierten en familia política a través del matrimonio), pero siempre escoge y es escogida por sus amistades.

Algunas amistades asumen responsabilidades sociales y económicas entre ellas. Un ejemplo de esto es la historia del caso de John, que se presentará más adelante. Otras formas de asumir responsabilidades son ser madrina o padrino de una criatura, permitir a alguien que lo necesita quedarse en casa, o brindar servicios durante las emergencias. Las amistades también tienden a compartir actividades de diversión y entretenimiento, salir juntas de vacaciones, etc.

La mayoría de la gente tiene algunas amistades, pero existen marcadas diferencias en la forma en que hombres y mujeres practican la amistad. Rubin encontró que las mujeres tienen más posibilidades que los hombres de entablar amistades cercanas. Encontró que los hombres casados, en particular, no tienen generalmente más amigos que su esposa, de quien se tienden a expresar como su “mejor amiga”, si es que mencionan a alguien como amigo⁶². La mayor parte de las mujeres que entrevistó, en contraste, casadas o no, no tuvieron dificultad para nombrar amigas, incluyendo una “mejor amiga”, quién generalmente no era su marido.

La mayoría de los hombres tienen “amigos del camino” (con quienes *hacen cosas*) más que “amigos del corazón” (gente con la que la conexión está

60 No sugiero que en todas las ocasiones individuales se espera o se desea la participación de toda la familia, pero existe una construcción social que la legitima como “normal”.

61 Rubin, *op. cit.*, pág. 191.

62 *Idem.*, pág. 64.

en el *ser*, más que en el *hacer*). Las mujeres tienden a tener ambas clases de amistades⁶³. La diferencia numérica es abrumadora: del grupo de hombres con más posibilidades de tener amistades (aquellos menores de cuarenta que viven en centros urbanos, en los cuales había más probabilidad de haber sido influenciados por el movimiento feminista) menos de una quinta parte tenía un amigo que ocupara un lugar importante en sus vidas emocionales⁶⁴. En otras palabras, más del 80% de ellos carecía de una amistad cercana, fuera del matrimonio. Para las mujeres, sin embargo, las amistades son muy importantes, aún cuando están casadas. Las amistades pueden ser una línea salvavidas en épocas de estrés, y una fuente de gozo en otras.

Sin embargo, afianzar las amistades de manera legal probablemente las destruiría, ya que por su naturaleza, son relaciones voluntarias. Esto es, por supuesto, lo que las hace frágiles, pero también tan especialmente gratificantes. Dado que un o una amiga no puede ser obligada a participar en la vida de una, la amistad es un obsequio siempre nuevo. En contraste, el matrimonio es un regalo que, una vez entregado, sólo se puede retirar bajo circunstancias extremadamente difíciles.

Hoy quizás la línea entre familia y amistad está más borrosa de lo que estuvo en el pasado. Las personas de edad madura salen con otras después de un divorcio, y presentan su “amigo / a” a amistades y familia. La amistad puede o no incluir relaciones sexuales, que pueden o no llevar a una relación intencional permanente. Tales amistades, si involucran una pareja heterosexual que convive, puede convertirse en una relación por ley consuetudinaria. Por supuesto, si la pareja es del mismo sexo, generalmente reconocemos esa relación como algo más que amistad —e. g., al permitir que un o una empleada de una compañía declare a su cónyuge del mismo sexo como beneficiaria/ o en un programa de beneficios de la empresa— pero todavía no la ponemos en igual categoría que una relación por ley consuetudinaria en todos los respectos.

Las relaciones de apoyo entre no parientes son tan antiguas como las relaciones de apoyo entre la parentela. Es, sin embargo, difícil discernir el alcance de tales relaciones, tanto antes como ahora, por lo cual no se pueden dar estadísticas sobre el asunto. En su lugar presentaré la siguiente historia

63 *Idem.*, pág. 106.

64 *Idem.*, pág. 142-43.

del caso de un hombre y sus relaciones de apoyo durante un período de más o menos veinte años.

Historia de Caso: El Cuento de John⁶⁵ por Meg Luxton

John nació en 1946 y se crió en una comunidad de clase trabajadora en Canadá. A los 16 empezó su trabajo remunerado como obrero de producción para una gran fábrica industrial, adonde trabajó hasta 1994, cuando fue despedido como parte de un plan de reestructuración de la planta. Cuando fue cesado, dependían económicamente de él seis personas, y tres se beneficiaban indirectamente de la renta subsidiada que recibían de él. De esas nueve personas, solamente dos, su madre y padre ancianos, serían oficialmente reconocidos como “familia”.

Vistazos rápidos a cada uno de los censos realizados durante su vida adulta sugieren que las relaciones reales en las cuales él estaba involucrado (cohabitación, gastos compartidos tanto dentro de su hogar como con otras personas, la atención que daba y las relaciones emocionales de larga duración comprometidas con amistades y niñas/os) serían ampliamente indetectadas por los actuales supuestos de la recolección de censos.

Más importante aún, su compromiso de por vida con la comunidad nunca fue reconocido formalmente. No podía reclamar personas dependientes en su declaración de impuestos a la renta, no podía obtener beneficios para ellos en su lugar de trabajo, y como él lo señaló, si alguna de estas personas enfermaba, no se le incluiría a él en las consultas médicas, ni podría él conseguir un permiso por funeral si cualquiera de ellas moría.

En 1976, John vivía solo en la pequeña casa que había comprado con sus ahorros. Jane, una amiga cercana, quien tenía una niña y un niño pequeños –Patricia de 5 y Michael de 3– se tuvo que mudar de su apartamento; John la invitó a vivir con él. Durante cinco años las cuatro personas vivieron juntas. Las dos personas adultas nunca tuvieron lo que ellas considerarían una “relación conyugal”; no eran amantes y mantenían separadas las finanzas personales. Sin embargo, contribuían por igual a todos los gastos del hogar

65 De Luxton, Meg. *Economic and Emotional Caring and Sharing Relationships Study*; Field Notes, junio 1994, Ontario.

y de cuidado infantil a través de una cuenta común, y compartían la atención emocional y práctica de la niña y el niño.

En 1981, Jane se mudó a otra casa con su nuevo amante y las criaturas. Después de unos meses, John invitó a dos compañeros de trabajo, Peter y Stephen, a vivir con él. Peter tenía un hijo de cinco años, David, quien también vino a vivir con ellos. Los tres adultos nunca tuvieron lo que ellos llamarían una “relación conyugal”, pero sí mancomunaban todo su dinero en una cuenta y compartían todas las tareas del hogar, incluyendo toda la atención práctica y emocional que David requería. John continuó cuidando a Michael y Patricia, quienes venían a la casa a menudo; también le daba una mesada a Jane para ayudarla a mantenerles.

En 1986, tanto Peter como Stephen habían sido cesados y se habían ido a otras ciudades a trabajar. David se fue con Peter, pero venía a visitar a John por un mes cada verano y mantenían contacto cercano por teléfono y cartas.

Poco después, un viejo amigo de estudios de John se pasó a vivir con él. Tony tenía la custodia compartida de su hija de siete años, Kathy; ella pasaba seis meses con su madre en otra ciudad y seis meses con Tony. John y Tony mantenían cuentas separadas pero compartían por igual los gastos de la niña y de la casa. Compartían las tareas del hogar y cuando Kathy estaba con ellos, John compartía su cuidado. John mantuvo una responsabilidad activa por Michael y Patricia. Les siguió dando una mesada de varios cientos de dólares a cada uno. David también siguió visitándolo durante los veranos.

En 1991 John se mudó a una casa nueva. Todavía la primera casa era suya y se la alquiló a Jane al costo, para que viviera allí con su amante y su nuevo bebé. John se había pasado a esta casa nueva porque estaba al lado de su madre y padre ancianos; de esta manera, podía darles atención regular. Les veía a diario, comía con ellos a menudo y les daba apoyo económico. Continuó dándoles pensión a la chica y los chicos. Le daba a Michael una mesada que cubría cuarto y comida mientras estudiaba en una universidad de la comunidad; pagaba los gastos completos de renta y atención diurna de Patricia y su nueva bebé Sarah (nacida en 1991) y cuando David fue admitido en la universidad, estuvo de acuerdo en pagarle los estudios y los gastos de residencia por cuatro años.

<i>Año</i>	<i>Cohabitanes</i>	<i>Economía compartida</i>	<i>Atención</i>
1976	<i>Jane (28) Patricia (5) Michael (3)</i>	<i>hogar</i>	<i>infantil</i>
1981	<i>Stephen Peter David (5)</i>	<i>ingreso total</i>	<i>infantil</i>
1986	<i>Tony (40)</i>	<i>hogar mesadas</i>	<i>infantil</i>
1991	<i>nadie</i>	<i>mesadas a varias personas renta subsidiada</i>	<i>infantil</i>

Este caso en particular es de un grado extremo de colaboración de un individuo. Aunque generalmente el grado en que se comparte es menor, podemos no obstante asumir que la ayuda que se da entre amistades y las personas allegadas es considerable. ¿Qué significado tiene esto para los propósitos de las políticas? ¿Se deberían considerar “familiares” dichas relaciones?

La respuesta a esta pregunta no es simple. No siempre es del interés de todas las personas el ser reconocidas como miembros de la familia de otra persona. Cuando el resultado de tal reconocimiento es que una corte ordene el pago de una pensión, quien la tiene que pagar podría muy bien preferir no ser considerada miembro de la familia. Por el otro lado, cuando el reconocimiento implica acceso a ciertos beneficios, derechos, servicios, o información sobre o acceso a la persona importante para una (por ejemplo, cuando esté en un hospital), la misma persona que podría preferir no ser considerada familia en términos de responsabilidades económicas, podría muy bien preferir ser considerada miembro de la familia en este contexto.

Esta posición tan variable no tiene nada de ilógico. La gente puede estar deseosa de asumir responsabilidades que rehusarían si las mismas fueran obligatorias. En el caso de John, ¿debería verse obligado a continuar pagando manutención a las varias partes a las cuales daba apoyo mientras tenía empleo, aunque esto significara que tenía que vender su casa? Por el otro lado, mientras él acepta su responsabilidad de manera voluntaria, ¿debería tener derecho a deducirlo del impuesto sobre la renta o a poder incluir a las criaturas dentro de sus programas médicos y dentales?

Sistemas potenciales para las relaciones de dependencia entre no parientes

En este contexto es necesario hacer tres preguntas. Primero, ¿una vez que se han asumido responsabilidades con personas dependientes, deben éstas volverse permanentes? Si no, este es un sistema voluntario ocasional; si sí, es uno involuntario continuo. Segundo, ¿deben las responsabilidades ser mutuas? De ser así, es un sistema simétrico; si no, es asimétrico. Tercero, ¿deben las responsabilidades que se asumen de manera voluntaria (al menos al inicio) ser socialmente reconocidas, o no?

Si aplicamos las dos primeras preguntas al caso de John, llegamos a cuatro tipos de sistemas: 1) de obligaciones continuas involuntarias y asimétricas; 2) voluntario asimétrico; 3) continuo, involuntario, simétrico; y 4) voluntario simétrico.

Si nos acercamos al *sistema continuo, involuntario asimétrico*, se puede argumentar que John asumió una actitud paternal con su comportamiento anterior, el cual generó ciertas expectativas entre sus dependientes, lo cual, a su vez, les da derecho a continuar recibiendo apoyo de él. Esto sería similar a la construcción de las obligaciones de manutención que dan derecho a reclamar pensión a los padrastros que se han comportado de forma paterna hacia la prole de su esposa, y a quienes se les ordena pagar pensión después de que la unión se disuelve. El juez por lo tanto, ordena que John venda su casa para que David pueda terminar su último año de estudios.

Alternativamente, el *sistema voluntario asimétrico* nos lleva a argumentar que John ayudaba a estas personas por pura bondad y que sería malvado penalizarlo por su generosidad anterior, en un momento en el cual él no puede

dar más ayuda. Una lógica tan perversa, podríamos argumentar, podría desanimar a personas generosas de comportarse como tales. Bajo este sistema, ninguna de las personas que anteriormente dependían de él podría ponerle una demanda a John para que continúe dando su apoyo.

El *sistema continuo, involuntario, simétrico* va un paso más allá. Sugiere que la gente que John apoyó durante tanto tiempo, ahora tiene la obligación de mantenerlo a él. Las personas a quienes John apoyó tienen obligación moral y legal de apoyarlo tanto como puedan. Por ejemplo, en vez de que John tuviera que vender la casa para que David continúe sus estudios, éste tendría que salirse de la universidad para ayudar a John, de manera que no tuviera que vender su casa. Se podría argumentar que esta obligación sería sólo para los adultos, porque ellos tenían la opción de aceptar o rechazar su ayuda, mientras que los y las menores no. Por otro lado, se podría argumentar que los y las niñas eran las beneficiarias directas de su generosidad, y por lo tanto comparten las obligaciones, como sucede con hijos e hijas adultas, que se les obliga (por ley, aunque no tan a menudo en la práctica)⁶⁶ a mantener a madre y padre, si así lo necesitan. Bajo este sistema John puede demandar a cualesquiera de sus anteriores dependientes no familiares para que lo ayuden a mantener su casa.

Finalmente, bajo el *sistema voluntario simétrico*, las personas que antes dependían de John se unen voluntariamente para juntar sus recursos y encontrar la forma de que él conserve su casa. Esto lo hacen por obligación moral, y él no podría demandar a ninguna/o.

De los cuatro sistemas, el voluntario asimétrico parece ser el menos restrictivo. Poco se ganaría (y potencialmente mucho se perdería), tratando de obligar a las personas a mantener a no parientes a los cuales mantuvieron durante algún tiempo por bondad. Ni sería adecuado reforzar una responsabilidad recíproca hipotética cuando al inicio no ha existido un contrato para dicha interdependencia. Sin embargo, John todavía no está contento. Este

⁶⁶ Por ejemplo, las personas tienen derecho a una renta suplementaria basada en sus propios ingresos, o en el caso de una pareja, sus ingresos juntos, aunque tengan hijos e hijas adultas en buenas condiciones económicas. El impuesto sobre la renta federal permite a los contribuyentes deducir la manutención de personas de las cuales fueron o “completamente dependientes”, o “dependientes” (según el año en cuestión) mientras eran niños/as (definido en diferentes casos hasta la edad de dieciocho o diecinueve años). Bajo este reglamento, John no podría deducir la manutención de sus dependientes, ni tampoco podrían sus anteriores dependientes deducir sus gastos si lo tuvieran que mantener en momentos de necesidad, ya que él sólo dio ayuda parcial, no exclusiva.

sistema no enfrenta el asunto que él hizo surgir: que no tenía derecho a asistir a importantes acontecimientos sociales, que sus dependientes no eran reconocidos como tales en términos de política social, que él no recibió beneficios para el pago de impuestos, etc.

Aquí es cuando entra el *sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido*. Este sistema reconocería que además de las relaciones paterno/maternas y de matrimonio, todas las demás relaciones son voluntarias y parciales. En términos de pensión, significaría que John ya no tiene la obligación de darla si ya no lo desea, o si ya no lo puede hacer. Ni estarían las personas involucradas tampoco obligados a proveerle, a no ser que voluntariamente lo escogieran y pudieran hacerlo. Sin embargo, durante el tiempo en que John se encargaba de ellos, sus gastos de manutención hubieran sido deducibles como si hubiera estado relacionado con estas personas por consanguinidad, matrimonio o adopción. El grado en el cual participaba de la atención infantil lo hubiera hecho acreedor del derecho de participar en asuntos sociales relacionados con las criaturas. Por ejemplo, hubiera sido elegible para un permiso por duelo si alguna moría, o permiso por enfermedad en caso de que alguna enfermara (si la empresa para la cual trabajaba contara con tales beneficios). El sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, entonces, reconocería las contribuciones reales de las personas, evitaría penalizar a aquellas que son decentes y generosas mientras premia a las egoístas, y no impondría obligaciones de manutención entre adultas no emparentadas.

En términos de política social, el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido tiene sentido. El Estado se beneficia en la medida que una contribuya de *manera tangible* al cuidado de una persona dependiente ineludible, o le facilita a otra hacerlo por medio de apoyo económico. Más allá, si alguien apoya a una persona adulta que depende temporalmente, y que de otra manera solicitaría apoyo estatal, el Estado también se beneficia. Tendría sentido, entonces, que dicha gente reciba cualesquiera beneficios sean asequibles de manera prorrateada, de forma que para cada dependiente hay una cantidad máxima que pueda reclamar en la declaración de impuestos (esto para evitar esquemas fraudulentos). O sea, que John podría haber reclamado la manutención que pagaba a varias personas mientras ellas, parcialmente, dependieran de su contribución económica.

En cuanto a las obligaciones de manutención, parece sensato hacer una distinción entre el matrimonio legal, el cual es una situación cuasi contractual en la que se entra deliberadamente, y todas las demás situaciones en las cuales no se asumieron dichos contratos. Esto responde a la pregunta previa sobre las obligaciones de manutención entre parejas de hecho y las obligaciones de cónyuges de hecho hacia sus hijastras e hijastros en caso de que la unión se disuelva. En ambos casos estamos tratando con relaciones de dependencia entre no parientes. Si se aplica el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, significa que las obligaciones de manutención *legales* (no necesariamente las morales) terminan cuando la unión se disuelve. Por supuesto, en el caso de adultos que viven juntos, la división de bienes todavía estaría por lograrse, y si una de las personas que integra la unión se vio en desventaja *por causa de la unión*, ella (o él) debería tener derecho a pagos compensatorios, e.g., para llevar capacitación avanzada para mejorar las perspectivas de trabajo, etc. Ya estamos listas para formular el quinto componente del modelo de responsabilidad social: *(5) Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Los y las miembros de una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Madres y padres son ambos responsables del bienestar de su prole, vivan o no con ellos/las*⁶⁷.

Disposiciones sobre la atención a la prole de una familia

Dado el primer componente, tanto madres como padres son responsables de la atención de sus menores dependientes, ya sea que la brinden ellas/os mismas/os, o que paguen parcial o totalmente la porción que les corresponde. La responsabilidad fundamental no cambia aunque un padre, o madre, no viva con la prole.

67 Esto está de acuerdo con los principios elaborados por el *Federal/Provincial/Territorial/Family Law Committee*. 1995, pág. 3, los cuales incluyen los siguientes (hay un total de ocho principios):

1. Padres y madres tienen responsabilidad legal por la manutención de sus hijas e hijos.
2. La legislación sobre manutención infantil no deberá hacer distinciones por sexo entre padres, madres, hijas e hijos.
3. La decisión de manutención infantil se deberá hacer sin tomar en cuenta el estado civil de madre y padre.

Es importante hacer una distinción entre obligaciones y derechos paterno/maternos. El no hacerlo permitiría que hombres (y algunas mujeres) abusivos o irresponsables se despojen de sus obligaciones económicas. El sexto componente del modelo de responsabilidad social es: *(6) Madres y padres son responsables de proporcionar atención y cuidado a su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas –las cuales no están ligadas a los derechos paterno/maternos– aunque 110 vivan con la prole.*

La división adecuada de responsabilidades privadas y públicas

Como hemos visto antes, el brindar atención a los y las dependientes ineludibles tiene alto valor social, no sólo privado. Las políticas sociales deberían reconocer ésta como una importante función familiar que merece apoyo público tangible. Sin embargo, hay dos categorías de dependientes ineludibles: niñas/ os y adultas/os. Es sensato hacer una distinción entre ellas, porque los y las niñas se obtienen mediante la cooperación voluntaria (esperamos) entre dos personas adultas, quienes, por lo tanto, comparten la responsabilidad, con la sociedad, por el bienestar de estas criaturas, mientras que las personas adultas no se vuelven dependientes ineludibles voluntariamente.

Si no se dispone de atención familiar, el Estado cargará con el costo del cuidado de los y las dependientes ineludibles. Las personas miembros de la familia a menudo podrían preferir, cuidar a las personas adultas dependientes, sin poder asumir los costos de esto. Bajo el modelo de responsabilidad individual el ir y venir entre familismo/individualismo haría difícil la atención por parte de personas miembros de la familia, y a veces imposible. Sin embargo, considerar el costo del cuidado de dependientes ineludibles adultos/ as como responsabilidad social les posibilita a las personas en la familia brindar ellas mismas esta atención, si es posible y se desea mutuamente.

Al considerar a la niñez como dependiente ineludible, la sociedad ya asume una relativa gran responsabilidad por ella. La educación pública para menores de seis años de edad en adelante, es una forma de atención que permite a padres y madres trabajar para ganar dinero (y las escuelas le cuestan a quienes pagan impuestos una cantidad considerable de dinero). Por lo tanto, son los primeros seis años los cruciales. Tendría sentido considerar el cuidado infantil como una responsabilidad de tres, compartida por igual entre padre,

madre y sociedad. Si cada criatura tuviera acceso a cuidado diurno gratuito, el tiempo sería equivalente a un empleo de tiempo completo, dejando dieciséis horas diarias por cinco días, y veinticuatro horas sábados y domingos, durante las cuales padres y madres tendrían que ver por su prole. Por supuesto, existe una variedad de formas en las cuales madres, padres y sociedad comparten la responsabilidad por la niñez, como es la compensación económica, los campamentos de verano, etc.

Existe respaldo social considerable para el apoyo público a la atención de los y las dependientes ineludibles. Un 85% de las personas entrevistadas, en una muestra nacional canadiense, estuvieron de acuerdo con que debería haber pagos de manutención a las familias que cuidan familiares de edad avanzada, y de esas, el 70% estaría deseoso de pagar más impuestos para financiar dicha iniciativa. El apoyo a un servicio nacional de cuidado infantil subsidiado no es tan alto, pero siempre es considerable: el 77% apoyaría tal iniciativa, y el 73% de esos pagaría más impuestos para ese fin⁶⁸.

Lo que a menudo no se toma en cuenta, sin embargo, es que si en realidad hay solamente una madre (o un padre), esta madre o padre –bajo nuestro actual modelo de familia de responsabilidad individual– está supuesta/o a llevar la carga de dos. Esto tiene poca sentido. Por lo tanto, cuando sólo hay una madre o padre, es necesario que el Estado supla la contribución, que de otra manera daría el o la otra madre o padre. Como se afirmó anteriormente, esto no incluye a familias de una sola madre o padre, en las cuales el segundo padre o madre está viva pero no cohabita, ya que sus responsabilidades permanecen sin cambio. Solamente si este padre o madre muere o está incapacitado/ a para contribuir, asumiría el Estado su parte de la responsabilidad. El séptimo componente del modelo de familia de responsabilidad social es: *(7) La administración pública comparte la responsabilidad, con padre y madre, de la atención a la niñez dependiente. Si en verdad un padre o madre está ausente o imposibilitado para contribuir su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo de la atención de las personas adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, mientras que el cuidado en sí puede ser dado por una persona de la familia.*

68 Angus Reid Group. *The State of the Family in Canada*. Angus Reid Group, Ottawa, 1994, pág. 52-53.

Presunciones acerca de la heterosexualidad/homosexualidad

Este asunto, de hecho, se ha tocado previamente. No hace ninguna diferencia, en términos de beneficio para el Estado o para los y las miembros de una unidad interdependiente, si los y las miembros son del mismo sexo o de sexo opuesto. Las parejas de un mismo sexo deberían poder casarse, o de tener un arreglo conyugal alternativo equivalente. Cuando esto sea posible, si no llegaran a casarse legalmente, recibirían igual trato que una pareja heterosexual de hecho. El octavo y último componente del modelo de familia de responsabilidad social es: *(8) No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y de sexo opuesto en términos del trato que reciben del Estado.*

3.6. Componentes del modelo de familia de responsabilidad social

1. Hay un compromiso ideológico para minimizar la estratificación basada en el sexo.

2. Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio está presente, pero no es privilegiado sobre otras relaciones.

3. A nivel nuclear, el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser equivalentes, pero no se asume que lo sean. Por lo tanto, ser cónyuge no se identifica automáticamente con ser padre o madre, y ser padre o madre no se identifica automáticamente con ser cónyuge.

4. La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones).

5. Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Las personas adultas en una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Padres y madres son ambos responsables del bienestar económico de la prole, vivan o no con ella.

6. Madres y padres son ambos responsables del cuidado y atención de su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas –las cuales no van ligadas a los derechos paterno / maternos– aunque no vivan con su prole.

7. La administración pública comparte la responsabilidad, con madre y padre, del cuidado de la niñez dependiente. Si un padre o una madre está

ausente o incapacitado/a para contribuir con su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo del cuidado de adultos y adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, aunque el cuidado en sí lo dé una persona de la familia.

8. No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y las de sexo opuesto en términos de trato por parte del Estado.

IV. Conclusión: la precaución es la madre de la sabiduría

Mientras que yo encuentro el resultante modelo de familia de responsabilidad social racional, justo, práctico y por lo tanto atractivo, algunos comentarios de precaución son, sin embargo, apropiados. Es más fácil derivar principios en teoría que aplicarlos a situaciones de la vida real, especialmente si la propuesta involucra un cambio radical. No sólo se requiere una enorme voluntad política, sino que además, ningún sistema social complejo cambia nunca en todos sus aspectos simultáneamente y en la misma dirección. Por lo tanto, aplicar principios que podrían proporcionar (si todos se iniciaran al mismo tiempo y de una vez) una base más justa y eficaz para todas las políticas pertinentes, pueden (si se inician gradualmente), de hecho, aumentar las desigualdades si los principios no se aplican cuidadosamente. Una debe siempre estar al acecho de los efectos no planeados y no deseados.

4

Derecho laboral

Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo*

Eleonor Faur

Sumario

Introducción. I. La conciliación familia-trabajo en la legislación laboral. II. Conciliación familia-trabajo y subjetividades masculinas. III. Formular políticas conciliatorias que vinculen a los hombres. Bibliografía.

Introducción

Uno de los pilares que ha marcado la construcción social de las identidades masculinas y femeninas en las sociedades modernas ha sido la prevalencia de una matriz de división sexual del trabajo que asigna al hombre adulto la responsabilidad de la provisión de ingresos familiares y a las mujeres las obligaciones de reproducción del mundo doméstico, incluyendo el cuidado y la crianza de hijos e hijas. En las últimas décadas, este modelo ha resultado al-

* Eleonor Faur, "Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo" en Revista Nómadas No. 24. Género y políticas públicas: desafíos de la equidad, Abril 2006, Universidad Central, Colombia, pp. 131-141.

Este artículo es una ajustada síntesis del trabajo presentado en la reunión "Cohesión social, políticas conciliatorias y presupuesto público: una mirada desde el género", desarrollada en la ciudad de México en octubre de 2005 y organizada por UNFPA y GTZ.

terado por los cambios en las estructuras y dinámicas familiares, el aumento de la participación femenina en el mercado de trabajo remunerado, la flexibilización de las condiciones de trabajo, el avance educativo de las mujeres, por transformaciones en la orientación de la política social y por cambios demográficos, jurídicos y culturales. Múltiples factores han incidido sobre estas transformaciones, provocando a la vez, la redefinición de las pautas de provisión económica en los hogares y la desnaturalización de cierta estructuración de las relaciones sociales de género.

En América Latina, la tasa de “actividad doméstica” de las mujeres cónyuges, entendida como el porcentaje de la población femenina cuya ocupación principal son los quehaceres domésticos, ha descendido casi un 10% en menos de diez años, pasando del 53% en 1994 al 44,3% en el año 2002 (Cepal, 2004a). Por otra parte, el porcentaje de hogares con jefatura femenina ha aumentado en casi todos los países de la región y en los distintos estratos sociales, engrosando la proporción de familias en las que las mujeres son las únicas receptoras de ingresos (Cepal, 2004b). Esta transformación coloca un viejo problema de la agenda feminista en la actual contienda del debate público: ¿cómo conciliar las responsabilidades de la vida familiar con aquellas propias de la esfera del trabajo remunerado?¹ Mientras buena parte de la política social europea ha asumido éste como un problema de política pública específica (Ellingsaeter, 1999; Crompton, 1999), América Latina se encuentra apenas iniciando estos debates, centrándose, casi siempre, en el ámbito de las políticas orientadas a las mujeres.

Pensar la conciliación entre trabajo productivo y reproductivo cobra sesgos particulares en Latinoamérica. En primer lugar, porque el incremento de la participación femenina en el trabajo remunerado se produjo en el marco de profundas transformaciones económicas e institucionales, impulsadas por políticas de corte neo liberal, que restringieron los sistemas de protección social y expandieron la flexibilización laboral, aumentando los niveles de in-

1 Esta pregunta ha estado presente desde hace más de dos décadas en las investigaciones acerca del modo en que se distribuyen responsabilidades en las familias y en el mundo laboral entre mujeres y hombres, con fuerte énfasis en la mirada sobre las mujeres. (Ver, entre otros, Jelin y Feijoo, 1980). Actualmente, aparece resignificada por nuevos enfoques que procuran abordar de manera conjunta la lectura sobre la vida familiar y la vida laboral (Cfr. Crompton, 1999; Wainerman, 2003a; Ariza y de Oliveira, 2003, entre otros).

formalidad y precariedad en el trabajo, la desigualdad social y económica y la persistencia de altos niveles de pobreza en la región (Cepal, 2004b). Esto ha incidido, entre otras cosas, en que sólo el 50% de las mujeres trabajadoras de la región participen en el sector formal de la economía (Valenzuela, 2004), y asocien su participación económica con derechos que facilitan la conciliación entre las responsabilidades laborales y las familiares.

En segundo lugar, porque en América Latina, “cuna del machismo” (Valdés y Olavarría, 1997), persisten en buena medida las representaciones sociales tradicionales respecto de las responsabilidades diferenciales de hombres y mujeres en relación con el trabajo doméstico y la crianza de hijos e hijas. y esto no sólo filtra los contratos familiares de distribución del trabajo de cuidado y crianza, sino también las políticas públicas orientadas al mundo del trabajo y de las familias. Al respecto, varios autores han señalado que existe una estrecha relación entre la orientación de las políticas estatales, en especial acerca del papel del mercado y las responsabilidades asignadas a las familias, y la configuración de identidades de género (Creighton, 1999; Esping-Andersen, 1996 y 2002; Folbre, 1994; y Sainsbury, 1999). Desde esta perspectiva, resulta relevante observar tanto el modo en que las instituciones sociales promueven la estructuración o el sostenimiento de una determinada matriz de responsabilidades de provisión y de cuidado según el sexo, como las representaciones que los sujetos construyen acerca de dicha estructuración.

Este artículo sostiene que en América Latina, tanto en las instituciones que regulan la conciliación entre familia y trabajo como en las representaciones sociales, *el sujeto de la conciliación no es un sujeto neutro, sino un sujeto “femenino”*. Analiza de manera crítica el modo en que el andamiaje institucional se arraiga una y otra vez en las mujeres, convirtiéndolas en el sujeto prioritario de responsabilidades y derechos relativos a la conciliación, y con ello, alienta prácticas que obstaculizan la demanda de trabajo femenino en el mercado formal. Revisa también las representaciones presentes en hombres colombianos y argentinos respecto de las responsabilidades femeninas y masculinas en los ámbitos productivo y reproductivo. Finalmente, señala que mientras las políticas tendientes a la conciliación de responsabilidades familiares y laborales se enfoquen de forma prioritaria en las mujeres, difícilmente permitirán un avance sustantivo en la transformación de las desigualdades de género. Por ello, propone la formulación de políticas públicas que vincu-

len más activamente a los hombres en el *continuum* productivo-reproductivo, apuntando a la construcción de un nuevo “contrato sexual”.

I. La conciliación familia-trabajo en la legislación laboral²

La regulación del trabajo remunerado operó como el primer intento de conciliación entre las responsabilidades familiares y la inserción de las mujeres en el mundo del trabajo. Esta regulación fue harto específica en términos de género, distribuyendo derechos y responsabilidades en forma diferenciada para hombres y mujeres. Uno de los primeros convenios de la OIT (Convenio No. 3, de 1919) estableció normas referidas a la protección del trabajo de las embarazadas y las licencias por maternidad. Este, que constituyó un importante adelanto en cuanto a derechos sociales, indicó también un modo particular de protección de derechos laborales en el caso de las mujeres: el reconocimiento de su trabajo se relacionó directamente con su capacidad reproductiva y con la protección de dicha capacidad. La posterior ampliación de estos derechos en América Latina, no siempre ha llegado a cuestionar el *sujeto* portador de los mismos, dejando, en buena medida, la responsabilidad de la función reproducción social en manos mujeres³. Las legislaciones la les acompañaron esta noción fundacional sobre el trabajo de las mujeres, centrando sus orientaciones en la regulación de disposi-

- 2 La información y buena parte del análisis presentado en este acápite se basa en un estudio realizado para la Unidad Mujer y Desarrollo de la Cepal, en el marco del proyecto Cepal/GTZ “Políticas laborales con enfoque de géneros”, publicado en: Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, (2004). *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad*, serie Mujer y Desarrollo No. 56, Santiago de Chile, Cepal. (LC/L 2140-P): En esta investigación se analizó la legislación laboral de seis países latinoamericanos (Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay).
- 3 Esfuerzos más recientes de la OIT se dirigieron a paliar esta situación. En 1981, el Convenio N° 156 de la OIT, referido a la igualdad de trato y de oportunidades de los/as trabajadores/as con “responsabilidades familiares”, logra un importante avance en la arena internacional. Al menos dos novedades surgen de la lectura de dicho instrumento: 1) el sujeto de derechos de este convenio no son sólo las mujeres, sino también los hombres; y 2) el convenio amplía la noción de responsabilidades familiares, reconociendo que tanto los hijos como otros miembros de la familia requieren cuidados específicos. No obstante, el reconocimiento de este convenio es aún poco extendido, ya que cuenta sólo con 36 ratificaciones a nivel internacional y nueve en América Latina. Igualmente, sus disposiciones no han filtrado hasta el momento la legislación laboral de la región.

tivos que permitieran articular el trabajo con el cuidado infantil, o en la “protección” contra el trabajo nocturno. Mientras tanto, perspectivas ligadas a la conciliación familia-trabajo, como el reconocimiento de un conjunto mas vasto de responsabilidades vinculadas a la esfera de la reproducción quedaron casi del todo apartadas de estas regulaciones.

Como señala Ellingsaeter (1999:41), las políticas públicas tendientes a la armonización entre familia y trabajo suelen ofrecer tres clases de dispositivos: “tiempo para cuidar, dinero para cuidar y servicios de cuidado infantil”. Al analizar la legislación laboral latinoamericana, se observa que ninguno de estos dispositivos se distribuye en el conjunto de trabajadores/as de forma igualitaria, y las principales diferencias encontradas se sustentan en la pertenencia a un sexo o en el tipo de trabajo realizado por las mujeres, filtrado fuertemente por su inscripción socio-económica. Desde este supuesto, los hombres suelen recibir “asignaciones familiares”, en términos de transferencias monetarias para trabajadores con familia –legalmente constituida–, dando por sentado que a ellos les compete el papel de proveedores económicos del hogar. Mientras tanto, las mujeres trabajadoras son las destinatarias de otro tipo de derechos, relacionados con: a) la protección del empleo durante el embarazo y el puerperio, b) las licencias por maternidad y c) la disponibilidad de servicios destinados al cuidado de hijos e hijas en sus lugares de trabajo⁴. De este modo, la legislación laboral es un reflejo de las relaciones sociales imperantes, pero también una forma de reproducir los patrones culturales de distribución de recursos y responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres.

En los seis países analizados (Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay), se presentan similitudes y diferencias en el modo en que la legislación laboral protege estos derechos. La totalidad de estos países presenta disposiciones relativas al despido sin causa justa de mujeres embarazadas y a las licencias por maternidad. No obstante, sólo algunas aluden a la obligación de otorgar servicios para el cuidado de niños en los lugares de trabajo. Finalmente, en todos los casos, la alusión a las responsabilidades de cuidado familiar se concentra casi exclusivamente en las mujeres.

4 Es interesante destacar que, mientras los recursos transferidos vía asignaciones familiares dependen de la legitimidad jurídica de los vínculos familiares, los derechos relativos a la maternidad, no se asocian de manera exclusiva a las mujeres casadas, sino que se sustentan en el vínculo entre madre e hijos/as.

Protección del empleo durante el embarazo y del embarazo en el trabajo

Durante el período de gestación hay dos figuras presentes en los marcos jurídicos analizados. Una se relaciona con proteger el empleo de las embarazadas, e impedir su despido sin causa justa. Otra, que no se encuentra en todas las legislaciones revisadas, prohíbe la realización de trabajos que puedan poner en riesgo la salud de la mujer o del bebé en gestación.

Ahora bien, una excepción importante a estas normas protectoras se encuentra en la regulación sobre el servicio doméstico —una de las ramas de actividad principal de las mujeres pobres en América Latina—. Así, existen legislaciones como la del Ecuador, que hacen explícita la excepción del fuero maternal para las trabajadoras del servicio doméstico⁵; o la de Argentina, que tiene un estatuto especial para la reglamentación del servicio doméstico, en la que no se considera dicho fuero⁶. Otras, como la de El Salvador, señalan que para las trabajadoras del servicio doméstico el contrato puede realizarse en forma verbal, dejando así abierta la discrecionalidad del empleador/a en la definición de las reglas que regirán la relación laboral⁷. Estas consideraciones violan abiertamente los principios de igualdad y no discriminación que las constituciones de los países analizados reconocen en sus textos.

Resulta grave observar que el tratamiento diferencial de la reglamentación del fuero maternal se concentra precisamente en las mujeres más desprotegidas de la escala social y, por ende, en quienes necesitan mayores dispositivos de igualación de oportunidades. Esta discriminación da cuenta del modo en que se articulan la inscripción de clase y la de género, a través de instituciones que no siempre coadyuvan a paliar desventajas, sino que muchas veces no hacen más que reforzarlas.

Licencias por maternidad y paternidad

Las licencias por maternidad y paternidad parten de reconocer que luego de un nacimiento o adopción se requiere de un tiempo dedicado a la atención

5 Código del Trabajo, Título III, capítulo I.

6 Decreto No. 326/56, que data de 1956.

7 Código de Trabajo, Arts. 71 y 76.

del bebé, la recuperación física de la madre y el establecimiento de la relación paterno/ materno-filial. El cuidado de los/as niños/as requiere tiempo, y las licencias procuran garantizar tanto el empleo como los ingresos de quienes trabajan durante este tiempo.

En los seis países analizados, la legislación establece licencias por *maternidad*, con algunas variaciones en cuanto a su duración, las cuales se extienden entre alrededor de doce semanas, en Argentina, Ecuador, El Salvador y Uruguay; dieciocho semanas en Costa Rica; y cuatro meses en Chile. En cambio, las licencias por *paternidad* encuentran expresiones mínimas o nulas en estas legislaciones. Así, Costa Rica, Ecuador y El Salvador carecen por completo de licencias para padres por nacimiento de hijos/as; Argentina cuenta con una licencia de dos días de duración; Chile reconoció recientemente un permiso de cinco días para el padre; y Uruguay dispone de licencias de tres días para los empleados del sector público, las cuales sólo se otorgan bajo el requerimiento del trabajador.

La normativa chilena ofrece una protección adicional para padres y madres de hijos/as “que requiera de atención en el hogar por motivo de enfermedad grave”⁸; situación en la cual, las licencias pueden tomarse por la madre o por el padre (a elección de la primera) y cubrir hasta el primer año de vida del niño/a, y hasta diez días por año en caso de enfermedad grave de hijos/as menores de dieciocho años. Otra particularidad de esta legislación, expresa que en caso de fallecimiento de la madre, tanto la licencia como la protección contra el despido se traslada al padre, beneficio que da cuenta de algunos esfuerzos –aún incipientes–, en el sentido de democratizar las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, ampliando algunos derechos a los hombres (aun cuando esto todavía dependa de la voluntad o de la ausencia de las mujeres).

En términos generales, no obstante, en los países analizados de la perspectiva que predomina en las licencias parentales se vincula con la protección de la “maternidad biológica”, vale decir, con la protección de los períodos de gestación, parto y lactancia, cuyo sujeto prioritario es la mujer-madre (Ellingsaeter, 1999). Por el momento, resultan escasas las normas relativas al cuidado de niños/as de edades más avanzadas, e insuficientes aquellas que promueven

8 Art. 199, Código de Trabajo de Chile.

la vinculación de los padres en este tipo de tareas (Pautassi, Faur, Gherardi, 2004)⁹.

Si bien es legítimo que este tipo de licencias se originen en el reconocimiento de que las mujeres necesitan cierto tiempo para la recuperación física luego de un parto, y para la lactancia materna, el cuidado y la atención de niños/as pequeños/as supone una serie de actividades que pueden ser realizadas tanto por hombres como por mujeres, y que no concluyen al tercer mes de vida de un bebé. Desde esta perspectiva, sería deseable que los permisos parentales en general, y las licencias para hombres en particular, tuvieran una duración más extendida. De algún modo se requiere de un cambio de enfoque que permita superar la visión “biologicista” y “politizar” la maternidad y la paternidad, con miras a una sustantiva ampliación de permisos para el cuidado que implique su democratización entre géneros.

Ahora bien, la amplia participación de las mujeres en el sector informal y la falta de continuidad en el tiempo de las licencias para trabajadoras/es en el sector formal, exige que muchas familias busquen estrategias de índole privado para lograr permanecer en el mercado de trabajo. En América Latina resulta paradójico que la salida laboral de las mujeres de clases medias se apoye frecuentemente en la contratación de empleadas domésticas, y así, la matriz societal de responsabilidades traslada el cuidado infantil de unas mujeres hacia otras, que se encuentran especialmente en desventaja, con el agravante de que en varios países de la región la propia legislación laboral permite que el servicio doméstico quede por fuera de las garantías del contrato de trabajo.

Guarderías y servicios de cuidado infantil

El análisis de la reglamentación sobre guarderías y servicios para el cuidado infantil también da cuenta de significativas variaciones entre los seis países analizados. En tres de estos, la normativa compromete a los empleadores a disponer de salas de cuidado infantil en función de número de empleadas

9 El tema de las licencias por paternidad se va incorporando en la agenda pública de modo incipiente y de la mano de algunos cambios culturales que promueven la paulatina vinculación de los hombres en la crianza de sus hijos. En la actualidad, en Argentina y Costa Rica existen proyectos de ley para ampliar licencias para padres hasta quince días, aunque aún no han sido aprobados.

mujeres que ocupe (la cifra oscila entre 20 mujeres –en el caso de Chile– y 50 mujeres –en el caso de Argentina–). En Ecuador este servicio depende de la vinculación de 50 trabajadores, con independencia de sexo. Por contraste, las legislaciones laborales de El Salvador y Uruguay no reglamentan servicios de cuidado para los hijos e hijas de los/as trabajadores/as amparados/as por la ley (aunque El Salvador ha implementado programas focalizados en esta dirección). Por su parte, en lograr permanecer en el mercado de Costa Rica se sancionó la ley 7380, que abre la posibilidad de que los servicios de cuidado infantil tengan un carácter universal y no estén supeditados a las personas empleadas en el sector laboral.

En general, la reglamentación de guarderías resulta discriminatoria desde varios puntos de vista: 1) presupone que será la trabajadora *madre* quien concurrirá al lugar de trabajo con su hijo/a, y se descarta un derecho equivalente para el trabajador hombre; 2) estimula al empleador para no contratar más que el número de trabajadoras inmediatamente anterior al regulado por la ley, para esquivar la carga extra que supone hacer frente a una sala de cuidado infantil, y 3) resulta un mecanismo restrictivo en el contexto latinoamericano, donde la proporción de mujeres trabajadoras en el sector formal es apenas del 50% para un promedio de catorce países de América Latina (Valenzuela, 2004), siendo aún menor la que se desempeña en empresas u organizaciones con el número de empleados requeridos para el acceso a este derecho. Esta situación resulta indicativa de las dificultades que muchas familias enfrentan para la obtención de servicios de cuidado infantil, en especial aquellas pertenecientes a sectores populares.

En síntesis, se observa que el derecho a disponer de servicios de cuidado infantil y contar con recursos estatales para favorecer las acciones de crianza, reconocido en los marcos jurídicos internacionales¹⁰, se topa con una serie de mediaciones en las regulaciones nacionales que dificulta a las familias el acceso a dichos servicios.

10 Véase la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Artículo 11, y la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 18.

Representaciones sobre masculinidades en la legislación laboral

El análisis propuesto permite destacar que los escasos dispositivos presentes en la legislación laboral latinoamericana para promover políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral, no sólo se concentran en las mujeres que se ocupan en el sector formal, sino que además adscriben a nociones de masculinidad prácticamente desvinculadas del cuidado de los miembros de la familia. Esto se observa al encontrar que en las legislaciones analizadas la participación del padre en el cuidado de sus hijos/as no se encuentra suficientemente reconocida ni estimulada por los dispositivos existentes para conciliar las responsabilidades familiares y laborales en cánones comparables con los de la madre, ni siquiera en aquellos derechos plausibles de ser equiparados, como las licencias y la disponibilidad de guarderías en el lugar de trabajo. De tal modo, no sólo se restringen los derechos que facilitan significativamente la conciliación de responsabilidades productivas y reproductivas para ambos trabajadores, sino que además se favorece la escogencia de trabajadores hombres por parte de los empleadores, por los menores costos que hipotéticamente supondría su contratación.

La legislación laboral analizada muestra así un importante anclaje en un modelo de responsabilidades diferenciales para hombres y mujeres, en el que el hombre se consolida como proveedor de recursos económicos y la mujer como responsable del cuidado familiar. De esta forma, se distribuyen los derechos y beneficios de manera desigual tanto desde una perspectiva de género, como de clase social. En consecuencia, se puede decir que el conjunto de disposiciones y representaciones sociales que exhiben las legislaciones, implica que el derecho constituye una práctica discursiva y social y no sólo un sistema de normas y regulaciones (Birgin, 2003). Discursos y prácticas que además, contribuyen de manera significativa a la creación o a la reproducción de ciertos rasgos subjetivos en las identidades de género, tanto de mujeres como de hombres.

Un cambio profundo de enfoque supondría tanto la estructuración de nuevos consensos societales, como la creación de incentivos institucionales para universalizar efectivamente la protección de derechos vinculados con el trabajo y la vida familiar en igualdad de condiciones para hombres y mujeres. Así, la garantía de estos derechos supondrá en algunos casos la dotación de servicios públicos de cuidado infantil gratuitos y de calidad, y en otros, la

ampliación de derechos administrativos, que considere la transferencia de recursos monetarios al conjunto de trabajadores/as, para garantizar el tiempo necesario destinado al cuidado de sus hijos/as y, ojalá, de otros miembros de sus familias.

Mientras el acceso a estos derechos se encuentre estratificado en términos de vinculación o no al mercado de trabajo formal, y segmentado en términos de género, los dispositivos de conciliación entre familia y trabajo seguirán configurando relaciones e identidades de género atravesadas por pautas jerárquicas, no sólo entre hombres y mujeres, sino también, entre mujeres de distintas inscripciones sociales.

II. Conciliación familia-trabajo y subjetividades masculinas¹¹

Las posibilidades efectivas que tienen los hombres y las mujeres de conciliar los ámbitos familiar y laboral no dependen exclusivamente de los dispositivos institucionales con los que cuentan. En buena medida, resultan también de las representaciones sociales acerca de la distribución de responsabilidades y de las negociaciones que se establecen entre los sujetos involucrados. Negociaciones que se producen entre personas con desiguales grados de autonomía y autoridad en el ámbito de sus familias (Jelin, 1998; Di Marco, 2005). Este hecho hace relevante el análisis de representaciones sociales a la hora de definir e implementar políticas públicas, si se pretende que éstas impulsen formas de conciliación entre mujeres y hombres, dirigidas a su participación paritaria en las esferas productiva y reproductiva. Por tanto, a continuación analizo las representaciones de distintos hombres sobre su propia posición y la de las mujeres en la esfera laboral y en la vida familiar, a partir de los resultados de dos investigaciones realizadas en contextos diferentes¹². Es im-

11 Por razones de espacio, en este acápite se han suprimido las referencias a los discursos de hombres entrevistados, incluidas en la versión original de este artículo.

12 Una de las investigaciones analizó las reflexiones de hombres colombianos vinculados a la función pública acerca del modo en que se estructuran las desigualdades de género en distintos escenarios de la vida social (Faur, 2004). La otra, corresponde a los resultados preliminares del análisis de 31 entrevistas en profundidad realizadas con hombres de sectores medios y populares del Área Metropolitana de Buenos Aires.

portante aclarar que los señalamientos que realizo no deben ser tomados como prueba empírica de mis hipótesis, sino como casos exploratorios que permiten identificar algunas de las representaciones vigentes en las subjetividades masculinas contemporáneas.

Ser hombre es ser proveedor (y ello es ser importante)

Si la legislación laboral se sustentó en la figura del trabajador masculino, de tiempo completo y con familia “a su cargo”, esta estructura institucional se corresponde también con la forma en que los hombres se ven a sí mismos en su papel como proveedores, más que como cuidadores. La imagen de responsabilidades diferenciales para las mujeres en el ámbito familiar, permea los discursos de muchos hombres adultos, quienes en sus reflexiones dejan entrever un particular énfasis en la *división* entre la esfera productiva y la reproductiva, como uno de los ejes de su construcción identitaria.

El modelo de sociedades basadas en hombres proveedores y mujeres amas de casa, se encuentra presente en las imágenes –por momentos nostálgicas– de muchos hombres contemporáneos. En este esquema, el trabajo remunerado representa para ellos una responsabilidad insoslayable, que no se ve afectada –a diferencia del caso de las mujeres– por las transformaciones del ciclo vital personal ni familiar, ni por la condición socio-económica de sus hogares. A su vez, el papel de proveedor de recursos económicos los exime de buena parte de las actividades ligadas con la crianza de hijos/as y de las responsabilidades domésticas. Además, asumirse como sostén del hogar no sólo define los parámetros de su aporte económico, sino que también cumple una doble función simbólica: por una parte, los afirma individual y socialmente en su masculinidad, por la otra, les otorga ciertos privilegios frente a otros miembros del hogar (Faur, 2004). Trabajar forma parte del papel que *como hombres* les toca ocupar en sus familias y en la sociedad, el cual se desempeña sin conflicto ni necesidad de *conciliación* con responsabilidades de cuidado familiar, no sólo en la legislación analizada, sino también en las representaciones colectivas.

En esta dirección, Ariza y de Oliveira (2003) han observado igualmente que, en América Latina, aunque se han ido legitimando diferentes modelos familiares, continúan primando las concepciones más tradicionales en relación con la valoración del papel masculino como proveedor económico, y

su vinculación con atributos de protección, de autoridad legítima y de soporte moral de las familias. Estos hallazgos coinciden también con buena parte de los estudios sobre masculinidades e identidades de género desarrolladas en la región, entre ellos los de Viveros (2001) para Colombia, Olavarría (2001) para Chile y Fuller (2001) para Perú.

Los hombres frente al trabajo de las mujeres: ¿conciliación o conflicto?

En las representaciones masculinas aparece una creciente aceptación del trabajo femenino –impensable décadas atrás¹³ con matices y variaciones, pero, al igual que en la legislación laboral, la mención del trabajo femenino que efectúan los hombres suele asociarse unívocamente con la evaluación del papel de las mujeres como cuidadoras de las familias –particularmente cuando se trata del trabajo de sus parejas–. Algunos hombres, aunque pocos, se refieren al trabajo femenino con naturalidad, o lo asumen como un “derecho propio” de ellas, pero la mayoría de nuestros entrevistados se preguntan si es no o no que las mujeres trabajen, aun a la luz de la extensión de práctica. De tal modo, al referirse al trabajo productivo de las mujeres, una y otra vez, surge la referencia a sus actividades reproductivas como parte de una imagen amalgamada e indivisible. No obstante, casi no se presenta esta percepción cuando los hombres se refieren a su propio trabajo, no sólo mucho más naturalizado, sino también representado como un espacio independiente de los requerimientos de tiempo que demandan los hijos/as y la vida familiar.

Si bien la referencia al trabajo de las mujeres surge casi siempre asociada con sus responsabilidades domésticas, las posiciones de distintos hombres frente a éstas muestran algunas diferencias significativas, por lo que no puede hablarse de un único discurso hegemónico ni de la “subjetividad masculina” como un concepto homogéneo, que permita ser tratado de modo singular. Se pueden esbozar al menos tres posiciones en las representaciones de los entrevistados. Las mismas se asocian, por un lado, con sus niveles sociales y educativos, pero también con la disponibilidad objetiva que sus familias encuentran para utilizar mecanismos públicos o privados de conciliación entre demandas productivas y reproductivas. Las posiciones identificadas son: 1)

13 Véase Jelin y Feijoó, 1980.

aceptación del trabajo y de la conciliación por parte de las mujeres; 2) aceptación “pragmática” del trabajo femenino –incomodidad frente a la conciliación–, y 3) oposición al trabajo de las mujeres –percepción de familia y trabajo como esferas irreconciliables–.

1. Aceptación del trabajo y de la conciliación por parte de las mujeres

Hay un grupo de hombres –en especial aquellos que cuentan con mejores credenciales educativas– que aceptan la inserción femenina en el mundo del trabajo remunerado. Esta aceptación se sustenta en la valoración de una fuente adicional de ingresos para el hogar, o en la defensa del derecho de las mujeres a trabajar, en especial cuando el trabajo de ellas antecede al contrato conyugal. Lo interesante en este grupo es que aparece igualmente naturalizado el hecho de que sea ella quien ajuste sus horarios y condiciones de trabajo para el cuidado de los hijos/as y la familia. Así, surge una y otra vez la referencia a la responsabilidad doméstica de las mujeres en su formato ahistórico y esencializado, en donde el ingreso de las mujeres en el trabajo remunerado requiere ser equilibrado con “sus” responsabilidades domésticas.

Al igual que en la legislación laboral, pareciera que en las representaciones de este grupo de hombres resulta más sencillo considerar la igualdad como un principio aplicable, o deseable, en el ámbito estrictamente laboral, que desarrollar una mirada integral del mundo público y el privado como esferas que requieren de una reestructuración de responsabilidades para la efectiva conquista de la igualdad¹⁴.

2. Aceptación “pragmática” del trabajo femenino, incomodidad frente a la conciliación

Otros hombres evidencian posiciones más conflictivas frente al trabajo de las mujeres que las citadas en el ítem anterior. Sus relatos reflejan la tensión que surge cuando no se logra equilibrar dos mandatos de peso en sus representaciones: 1) el modelo tradicional de división sexual del trabajo y 2) la

¹⁴ Para la observación del modo en que el “principio de igualdad” se encuentra presente en las legislaciones analizadas, véase Pautassi, Faur, Gherardi, ob. cit.

necesidad de que los recursos aportados sean suficientes para el mantenimiento de la familia. Así, emergen discursos en los que ciertos hombres sostienen que preferirían que la mujer no trabaje –para que pueda dedicarse plenamente a las actividades del hogar– pero lo aceptan –porque la situación económica hace necesario contar con un ingreso adicional–. En estos casos, se percibe un importante costo subjetivo para los hombres, que perciben cierto déficit de autoridad por no lograr aportar los recursos necesarios para el desenvolvimiento del hogar. La tensión entre imaginarios de provisión y de división sexual del trabajo en cánones tradicionales, en ocasiones se resuelve visualizando al trabajo femenino como un “aporte momentáneo” que podría ser modificado, en caso que el contexto permitiera rearmar el modelo de provisión tradicional, centrado en la figura masculina.

3. Oposición al trabajo de las mujeres, percepción de familia y trabajo como esferas irreconciliables

El extremo de la incomodidad frente al trabajo de las mujeres, se percibe entre aquellos hombres que se oponen explícitamente a la incorporación de mujeres en la esfera laboral, al no avizorar posibilidades de “conciliación” entre el trabajo remunerado de las mujeres y sus responsabilidades familiares. Este tipo de discurso se encuentra sobre todo en algunos de los hombres pertenecientes a los sectores más desaventajados socialmente, quienes, por otra parte, son los que cuentan con menor cantidad de dispositivos de conciliación. En efecto, las mujeres de sectores populares suelen emplearse en el sector informal de la economía, con mayor frecuencia en el servicio doméstico y rara vez disponen de los beneficios vinculados con la seguridad social. Por otro lado, los ingresos de estos hogares suelen ser insuficientes para contratar servicios de cuidado infantil en el mercado y son escasos los países que en Latinoamérica disponen de servicios estatales que ofrezcan esta posibilidad como parte de las políticas públicas de corte universal (Martínez y Camacho, 2005).

Asimismo, las representaciones masculinas que surgen en esta dirección, parten del sostenimiento simbólico de un modelo dicotómico, en el cual si las mujeres trabajan, es a los hombres a quienes les correspondería de forma exclusiva la atención de los hijos y de la casa. El trabajo de ellas pondría en duda tanto el lugar del hombre como proveedor, como el bienestar de sus

hijos/as, quienes, en el imaginario de estos hombres, dejarían de contar con su madre. Con este telón de fondo, su propia imagen se percibe “feminizada”, lo que no resulta nada atractivo en tanto interpela uno de los pilares centrales de la construcción social e individual de la virilidad, y con ello, su jerarquización diferencial. La ecuación se cierra entonces oponiéndose al trabajo de las mujeres.

Los hombres frente al trabajo doméstico y la conciliación

En síntesis, si para las mujeres la salida laboral ha traído aparejada la necesidad de compatibilizar sus responsabilidades en las esferas productiva y reproductiva, y las instituciones sociales han dado cuenta de este requerimiento a través, por ejemplo, de la legislación laboral, ¿qué sucedió en las representaciones masculinas frente a su propia participación en la esfera doméstica? ¿La estructuración de nuevas formas de provisión, compartida en buena medida con las mujeres, interpeló de algún modo su lugar en este espacio?

En general, las investigaciones que han analizado las transformaciones en la división sexual del trabajo en el interior de los hogares, han mostrado que las imágenes acerca de quiénes deben realizar el trabajo no remunerado han cambiado más aceleradamente que las prácticas efectivas. Y a su vez, que las creencias acerca de los papeles apropiados para hombres y mujeres en el mundo del trabajo se han modificado en mayor medida que las imágenes relacionadas con la esfera doméstica (Coltrane, 2000; Wainerman, 2003b). Es decir, en todos los casos, aun cuando se flexibilizan los consensos sociales acerca de la participación económica femenina, el hecho de verlas como las responsables de las tareas del hogar y la crianza parece ser el núcleo duro de la transformación de relaciones sociales de género.

De tal modo, y si partimos de que la noción de *conciliar* supone la existencia previa de una tensión o colisión “entre partes desavenidas”¹⁵, se comprende el hecho que, en las representaciones que exhiben los hombres al pensarse a sí mismos, no exista ningún antagonismo entre familia y trabajo que requiera ser conciliado. Particularmente, porque no suele percibirse como responsabilidad propia (ni compartida en términos paritarios) el trabajo que

15 Según el Diccionario de la Real Academia Española (www.rae.es): “Conciliar: 1. tr. Componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. (...)”.

debe realizarse en el interior de los hogares. Antes bien, cuando los hombres participan en la esfera doméstica, continúa presente la idea de estar “colaborando” con sus mujeres, bien sea para cubrir las necesidades propias de la domesticidad en los momentos en que “ella no está” o bien cuando ellos mismos “tienen tiempo”. Aunque en efecto se presenta un leve incremento en la carga de tiempo que dedican los hombres a las tareas paternas y domésticas, también resulta evidente que esta dedicación sigue siendo muy inferior a la de las mujeres (Araya, 2003; Aguirre, Sainz y Carrasco, 2005).

Ahora bien, una importante alteración de estas imágenes se produce cuando el hombre se encuentra desocupado y es la mujer quien mantiene el hogar. En este caso la participación en las tareas de crianza y las actividades domésticas termina representándose casi como un deber. Aunque vuelve a aparecer con relieve la lógica que indicaría que se está desarrollando un papel ajeno a su inscripción de género, esto se justifica por el hecho de estar él mismo desocupado, indicando indirectamente que si se reestructurase el sistema de provisión, también podrá reestructurarse el de la reproducción.

El contexto de desocupación inscribe un giro peculiar en las representaciones de algunos hombres acerca del cuidado de los hijos/as y el desarrollo de actividades domésticas. De alguna manera, no da cuenta de una conciliación de responsabilidades, pues precisamente lo que se ha alterado ha sido la dimensión de productividad masculina, sino de un posible reemplazo de las mujeres en la realización de actividades que quedaron vacantes, con su salida al mercado de trabajo. El modelo dicotómico –uno/a trabaja, otro/a realiza las actividades domésticas y de cuidado– sigue estando presente en el imaginario de muchos de estos hombres, pero permite cierta mutación en la asignación de responsabilidades, en la medida en que ellos no estén aportando ingresos monetarios.

III. Formular políticas conciliatorias que vinculen a los hombres

Los argumentos presentados evidencian que el “continuum productivo-reproductivo” aparece como un supuesto de las políticas públicas y de las representaciones sociales examinadas, al centrar la mirada casi solo en la vida

de las mujeres, mientras se desdibuja mucho más en el caso de los hombres. La contra-cara de esto es que las imágenes sobre los hombres como sujetos con responsabilidades de “provisión” pero no de “cuidado familiar” atraviesan tanto la regulación del trabajo como las subjetividades contemporáneas.

Vale decir: si las partes desavenidas en el litigio que busca generar modos de conciliación son las familias y el trabajo, el *sujeto* de dicha conciliación sigue siendo un sujeto femenino. No aparece tal “desavenencia” en el caso de los hombres, lo que se explica en parte, por el vasto entramado de instituciones y representaciones colectivas que facilitan para ellos una posición en el sistema de relaciones sociales de género que carga con un mandato escueto en relación con el cuidado de los miembros de sus familias. Mandato escasamente alterado pese a las agudas transformaciones en el esquema de provisión de recursos para el hogar.

Así definida –por convicción o por omisión– la conciliación entre familia y trabajo se topará con dificultades excesivas para las mujeres trabajadoras quienes, como indican las encuestas de uso del tiempo, desarrollan ahora una mayor carga total de trabajo que los hombres (al considerar el trabajo productivo y el reproductivo). Esta situación ubica a las mujeres frente a un alto grado de exigencia en cada uno de estos ámbitos y, a la vez, frente a la necesidad de lidiar con el equilibrio entre ambos, frecuentemente renunciando a ampliar sus perspectivas de participación en el mercado laboral o en la vida política, la calidad de las comidas o el cuidado de la casa, y reduciendo su espacio personal para el descanso o la recreación.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que para lograr una efectiva conciliación entre familia y trabajo, y que sus efectos colaterales no continúen perpetuando los privilegios masculinos ni la sobrecarga femenina, se requiere de un nuevo “contrato sexual” que incluya, pero a la vez supere, la definición de políticas laborales y de conciliación propiamente dicha, para el cual se requiere también revisar las políticas culturales, educativas y comunicacionales. Este tipo de contrato debería incorporar a los hombres no sólo como parte del problema, sino en especial como parte co-responsable en la búsqueda de un nuevo equilibrio.

La vinculación en el plano cultural e institucional de las nociones de *virilidad* y de *cuidado* parece un tema impostergable para el logro de la igualdad de género en las estrategias de conciliación de los ámbitos productivo y re-

productivo. El modo en el que los sujetos representan sus responsabilidades en las esferas analizadas, resulta central desde el punto de vista de las condiciones de posibilidad de democratización de las familias; de organización de sistemas de “doble provisión y doble cuidado”; y de socialización de futuras generaciones, en el marco de una moralidad que responda a principios de justicia que no impliquen la subordinación de las mujeres. Es también elocuente en cuanto a la viabilidad de que los actores asuman la transformación de las relaciones sociales de género. En el caso de los hombres, por ejemplo, que hagan uso de las licencias para padres, en tanto éstas existan; que luchen por tenerlas, en caso de que no existan; y que participen más activamente en la estructuración de una nueva matriz de cuidado societal. Si el camino relacionado con cambios institucionales es largo y sinuoso, el que se orienta a alterar el andamiaje cultural puede ser aún más complejo, pero no por ello, menos determinante en el éxito de las políticas de conciliación, y, en definitiva, en la construcción de un nuevo “contrato sexual”.

Bibliografía

- AGUIRRE, Rosario, Cristina García y Cristina Carrasco, 2005, *El tiempo, los pos. Una vara de desigualdad*, Santiago de Chile, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo.
- ARAYA, María José, 2003, *Un acercamiento a las encuestas sobre el uso del orientación de género*, Santiago Cepal - Unidad Mujer y Desarrollo.
- ARIZA, Marina y Orlandina de Oliveira, 2003, “Acerca de las familias y los hogares: estructura y dinámica”, en: Catalina Wainerllan (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*, Buenos Aires, Unicef / Fondo de Cultura Económica.
- BIRGIN, Haydée, 2003, “Darle poder a la ley: herramientas de acción ciudadana y acceso a la justicia”, en: Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos universales, realidades particulares. Reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos de mujeres, niños y niñas*, Buenos Aires, Unicef.
- CEPAL, 2004a, *Caminos hacia la equidad de Género en América Latina y el Caribe*, 9a Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, Cepal.

- , 2004b, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, Cepal.
- CODIFICACIÓN DEL Código del Trabajo - Ecuador.
- CÓDIGO DEL Trabajo - Chile
- CÓDIGO DEL Trabajo - El Salvador
- COLTRANE, Scott, 2000, “Research on Household Labor: Modeling and Measuring the Social Emeddedness of Routine Family Work”, en: *Journal of Marriage and the Family*, No. 62, November.
- CREIGHTON, Colin, 1999, “The rise and decline of the male breadwinner family in Britain”, en: *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 23, No. 5, *Special Issue on the Family*, September, Oxford University Press.
- CROMPTON, Rosemary, 1999, “The Decline of the Male Breadwinner: Explanations and Interpretations”, en: Rosemary Crompton (ed.), *Restructuring Gender Relations and Employment. The Decline of the Male Breadwinner*, Nueva York, Oxford University Press.
- DI MARCO Graciela, 2005, “Las familias”, en *Democratización de las familias*, Unicef.
- ELLINGSAETER Anne Lisse, 1999, “Dual Breadwinners between State and Market”, en: Rosemary Croptom (ed), *Restructuring Gender Relations and Employment. The Decline of the Male Breadwinner*, Nueva York, Oxford University Press.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, 1996, “Welfare States without Work: the Impasse of Labour Shedding and Familialism in Continental European Social Policy”, en: Gosta Esping-Andersen (ed), *Welfare States in Transition. Nacional Adaptation in Global Economies*, Londres, UNRISD / Sage Publications.
- , 2002, “A new gender contract”, en: Gosta Esping-Andersen, *et ál., Why we need a new welfare state*, Nueva York, Oxford University Press.
- FAUR, Eleonor, 2004, *Masculinidades y desarrollo social. Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres*, Santafé de Bogotá, UNICEF / Arango Editores.
- FAUR, Eleonor y Natalia Gherardi, 2005, “El derecho al trabajo y la ocupación de las mujeres”, en: Equipo, Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*, Buenos Aires, Biblos.

- FOLBRE, Nancy, 1994, *Who pays for the kids? Gender and the Structures of constraint*, Londres y Nueva York, Routledge.
- FULLER, Norma, 2001, “No uno sino muchos rostros. Identidad masculina en el Perú urbano”, en: Mara Viveros, José Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. Investigaciones desde América Latina*, Bogotá, CES – Universidad Nacional de Colombia.
- JELIN, Elizabeth y María del Carmen Feijóo, 1980, *Trabajo y familia en el ciclo de vida femenino: el caso de los sectores populares de Buenos Aires*, Buenos Aires, CEDES, Vol. 3, No. 8/9,
- MARTÍNEZ, Juliana y Rosalía Camacho, 2005, “¿Agua y aceite? Conciliación entre mundos productivo y reproductivo en América Latina”, Informe de consultoría para GTZ/UNFPA, mimeo.
- OLAVARRÍA, José, 2001, “Invisibilidad y poder. Hombres de Santiago de Chile”, en: Mara Viveros, José Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. Investigaciones desde América Latina*, Bogotá, CES-Universidad Nacional de Colombia.
- PAUTASSI, Laura, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, 2004, *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad*, Santiago de Chile, Cepal, Unidad Mujer y Desarrollo.
- SAINSBURY, Diane, 1999, “Gender and Social-Democratic Welfare Status”, en: D. Sainsbury (ed.), *Gender and welfare state regimes*, Nueva York, Oxford University Press.
- VALDÉS, Teresa y José Olavarría, 1997, “Introducción”, en: Teresa Valdés y José Olavarría (eds.), *Masculinidad/es. Poder crisis*, Santiago de Chile, Isis-Internacional / Flacso.
- VENEZUELA, María Elena, 2004, *Mujeres: Pobreza y Mercado de Trabajo, Argentina y Paraguay*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo.
- VIVEROS VIGOYA, Mara, 2001, “Masculinidades. Diversidades regionales y cambios generacionales en Colombia”, en: Mara Viveros, José Olavarría y Norma Fuller, *Hombres e identidades de género. Investigaciones desde América Latina*, Bogotá, CES-Universidad Nacional de Colombia.
- WAINERMAN, Catalina, 2003a, “Familia y Trabajo. La reestructuración de las fronteras de género”, en: Catalina Wainerman (comp.), *Familia y trabajo recreando relaciones de género*, Buenos Aires, Unicef/ Fondo de Cultura Económica.

———, 2003b, “Padres y maridos. Los hombres en la familia”, en: Catalina Wainerman (comp.), *Familia, Trabajo y Género. Un mundo de nuevas relaciones*, Buenos Aires, Unicef/ Fondo de Cultura Económica.



5

**Derecho internacional
de los derechos humanos**

La Carta Magna de todas las mujeres*

Alda Facio

Sumario

Introducción. **I.** Amplía la responsabilidad estatal. **II.** Obliga a los estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres. **III.** Permite medidas transitorias de “acción afirmativa” o medidas correctivas. **IV.** Reconocer papel de la cultura y tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres. **V.** Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva. **VI.** Fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos. **VII.** El Comité de la CEDAW. **VIII.** El protocolo opcional de la CEDAW.

Introducción

Por iniciativa de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de la ONU, endosada por la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en México en 1976, se inició la elaboración de una convención orientada a eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres. Ese trabajo utilizó como base la Declaración que con el

* Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en Pontificia Universidad Católica del Ecuador, *Memorias de la Primera Promoción del Diplomado Superior en Derechos Humanos y Democracia*, Quito, PUCE, 2003, pp. 91-109.

mismo objeto había proclamado la Asamblea General de la ONU en 1967, en la que se buscó juntar todas las normas referidas a las esferas que se habían venido estudiando desde la creación de la CSW, en 1946.

El 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada después de cuatro años de trabajos de la CSW y de la Tercera Comisión¹ de la Asamblea General, mediante la Resolución 34/180 de la Asamblea General². El 17 de julio, en una ceremonia especial realizada durante la Conferencia Mundial en Copenhague, fue suscrita por 64 estados. La ratificación fue rapidísima y la CEDAW entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, después de que 20 estados habían ratificado³.

La CEDAW reúne en un único instrumento legal, internacional, de derechos humanos, las disposiciones de instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer. Se dice que es la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres porque es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres explícita o implícitamente al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por razones de sexo y garantizan la igualdad de todos los seres humanos, esto no ha sido suficiente para garantizarle a las mujeres la protección de sus derechos por parte de estos otros instrumentos y sus mecanismos de protección y monitoreo.

Esto se debe a que los otros instrumentos prohíben que se haga discriminación en el goce de los derechos que establecen, pero la forma como establecen los derechos humanos es androcéntrica. Es decir, los derechos que se establecen en esos instrumentos son pensados desde las necesidades de los hombres mientras que en la CEDAW, se toman en cuenta las necesidades de las mujeres. Y, si bien es cierto que no están explicitados todos los derechos humanos que nece-

- 1 La tercera comisión de la Asamblea General es la que se encarga de los asuntos sociales, humanitarios y culturales.
- 2 Aída González, coordinadora, *Los Derechos de la Mujer y los Niños*, edición conmemorativa, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1999, p. 11.
- 3 Art. 27 de la CEDAW: 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

sitamos las mujeres, sí están implícitos todos, como se dijo anteriormente, al estar prohibida la discriminación en todas las esferas de la vida⁴.

En otras palabras, los otros instrumentos internacionales que garantizan igualdad, no discriminación o no distinción por motivos relacionados con el sexo, no crean derechos para la mujer que sean específicos para nuestra realidad cotidiana sino que nos ofrecen la posibilidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos para ellos. Ciertamente que muchos de estos derechos son inherentes a la condición humana y por ende, necesarios para nosotras también, pero hay derechos que solo necesitamos las mujeres, ya sea por nuestra condición sexual, de género o precisamente debido a la histórica desigualdad de poder entre los sexos.

Es así que la CEDAW es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de partida esa histórica desigualdad y por ende, aunque todavía no se hablaba de género o perspectiva de género en el momento en que fue discutida, sí se puede decir que es un instrumento con perspectiva de género. Este instrumento es importante y necesario por muchísimas razones pero en mi opinión se puede decir que hayal menos seis que la ponen en la categoría de única:

I. Amplía la responsabilidad estatal

Precisamente porque tiene una perspectiva de género, es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales⁵. Esto es muy importante porque sabemos que la discriminación contra las mujeres y la violación a nuestros derechos humanos no solo se da en la esfera estatal.

Por supuesto que las mujeres también sufrimos violaciones a nuestros derechos humanos por acciones directas del Estado y sin embargo, tam-

4 El art. 1 prohíbe la discriminación en “las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

5 El art. 2, inc. e) establece que los estados están obligados a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.

bién aquí ha sido difícil que se acepte la responsabilidad estatal. Por ejemplo, funcionarios públicos utilizan la violencia sexual para obtener privilegios y militares la usan para ganar batallas y hasta hace muy poco, estos actos eran considerados actos individuales no imputables al Estado. Pero, de acuerdo al concepto de responsabilidad estatal que establece la CEDAW, esos actos, aunque sean considerados individuales, son imputables al Estado porque éste, al ratificar la CEDAW, está obligado a garantizar que esos actos no sucedan, al menos no en forma sistemática o sistémica.

Quizás más importante aún para los tiempos que corren es que la noción de responsabilidad estatal que establece la CEDAW podrá servir de precedente para ampliar la responsabilidad a otros entes tan o más poderosos que los estados. Esto cobra especial importancia en un mundo privatizado, globalizado en donde los gobiernos y los estados de Derecho están en vías de extinción.

II. Obliga a los estados a adoptar medidas concretas para eliminar la discriminación contra las mujeres

Según el art. 2 de la CEDAW, los estados que la ratifiquen no solo deben condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, sino que tienen que tomar medidas concretas para lograrlo tales como consagrar la igualdad en sus constituciones políticas; abolir las leyes, costumbres y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres; establecer protecciones jurídicas contra la discriminación; etc.

Como era imposible que la CEDAW contuviera explícitamente todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en todas las esferas, a través de los años, el Comité de la CEDAW ha especificado en sus comentarios finales y en sus Recomendaciones Generales qué medidas específicas se deben tomar para los casos que se le van presentando a través de los informes que rinden los estados. Por ejemplo, en su Recomendación General No. 21, el comité amplía las medidas concretas que deben tomar los estados en relación al matrimonio y las relaciones familiares al establecer, *inter alia*, que las leyes o costumbres que no tratan los bienes acu-

mulados durante una relación similar al matrimonio como tratan a la propiedad conyugal, deben derogarse⁶.

Es entonces por medio de las recomendaciones que se le da solución a un problema concreto como la desigualdad entre el trato legislativo a la propiedad conyugal y la propiedad en las uniones de hecho. Aunque el tema no es tratado específicamente en el art. 16 de la CEDAW, a la luz de los arts. 1 y 2, se entiende que este artículo 16, obliga al Estado no solo a tomar medidas para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a sus derechos durante el matrimonio y después de su disolución, sino a garantizarle esos mismos derechos a las mujeres que viven en uniones de hecho.

III. Permite medidas transitorias de “accion afirmativa” o lo que yo prefiero llamar medidas correctivas

Para poder alcanzar las metas de la CEDAW y debido al reconocimiento de la histórica desigualdad de poder y en el goce de los derechos humanos entre hombres y mujeres, y al hecho de que el tratar a hombres y mujeres exactamente igual no ha redundado en la eliminación de la discriminación, el art. 4 de la CEDAW establece que los estados pueden tomar medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que éstas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres.

La lógica detrás de las medidas correctivas en la CEDAW es que el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres hace que sea imposible su eliminación sin medidas correctivas. Porque, una histórica y sistémica distribución desigual de beneficios y poder, requiere una asignación desigual de determinados instrumentos. Para la CEDAW, el objetivo final de las medidas correctivas es generar una sociedad en la cual las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos humanos en igualdad con los hombres en todas las esferas y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Por eso son transitorias y deben ser eliminadas en el momento en que se haya logrado una igualdad real entre hombres y mujeres. Para lograr esta sociedad igualitaria es necesario que se comprenda que el punto de partida

⁶ Recomendación General 21 (13o. período de sesiones).

es asimétrico. Es decir, que hombres y mujeres no empiezan con las mismas oportunidades por causas socialmente construidas y que por ende, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. El no tomar en cuenta que nuestras sociedades son jerárquicas y en la cuales quienes tienen más poder son tomados como modelo de lo humano, asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser tratada en forma deficitaria⁷. Y, si sabemos que el modelo de lo humano en nuestras sociedades ha sido el varón, entenderemos que las mujeres somos tratadas en forma deficitaria cuando se nos trata en forma aparentemente neutral. Es por ello que la CEDAW reconoce la necesidad de acciones afirmativas o medidas correctivas.

IV. Reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres

La CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, prevé que los estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro.

También establece que el Estado debe garantizar que la educación familiar imparta la creencia en la necesidad de compartir equitativamente las funciones en la crianza de los y las hijas, y que en todos los casos, padres y madres deberían regirse por el interés de los y las hijas.

Todo lo anterior quiere decir que el Estado debe tomar medidas para eliminar los estereotipos y las concepciones de inferioridad de las mujeres en todas las esferas y si no lo hace, es responsable de las discriminaciones que puedan surgir contra las mujeres por estos estereotipos y concepciones.

⁷ Ver Marcela Rodríguez, "Igualdad, Democracia y Acciones Positivas", en Facio y Fries, eds., *Género y Derecho*, Chile, Ediciones Lom, 1999.

V. Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva

Todo el contenido de la CEDAW gira alrededor de dos conceptos: la igualdad entre los sexos y la no discriminación contra las mujeres en todas sus formas. Dicho de otra manera, su meta es la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres para lograr la igualdad entre los sexos en todas las esferas.

El art. 1 define lo que se debe entender por discriminación:

A los efectos de la presente convención, la expresión “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es importantísima por las siguientes razones:

- Es una definición legal que pasa a ser parte de la normativa nacional cuando el Estado ratifica la convención. Esto quiere decir que los jueces y otros funcionarios que administran justicia no pueden crear su propia definición.
- Establece que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de “derechos” o “protección”.
- Determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se sancionan no solo aquellos actos que tienen la intención de discriminar tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden tener propiedades, etc. sino que también se sancionan los actos que sin tener la intención de discriminar, terminan discriminándonos como las leyes que “protegen” prohibiéndole solo a

las mujeres la realización de trabajos peligrosos, nocturno, etc. Quiere decir, además, que se prohíbe no solo el acto discriminatorio consumado sino también la tentativa de discriminar.

- Precisa que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, ya que puede ser parcial “menoscabar” o puede ser total “anular”. Así la CEDAW no solo sanciona la negación total de un derecho sino que también el que se nos nieguen ciertos aspectos de un derecho. Como por ejemplo, que las mujeres puedan ser nacionales de un país pero no pasar la nacionalidad a sus hijos/as.
- También precisa que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos. La segunda a las necesidades que se satisfacen con ese derecho y la tercera, al aspecto activo del derecho, lo que implica que debe haber algún mecanismo donde la titular puede denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado: 1. a reconocer los derechos de las mujeres; 2. a proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos; y, 3. a crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.
- Define la discriminación como un acto violatorio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, estableciendo una concepción de igualdad no androcéntrica sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.
- Prohíbe la discriminación en todas las esferas. La última frase del artículo “o en cualquier otra esfera” claramente incluye la esfera privada o familiar donde se producen tantas de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres.
- Precisa que la discriminación se prohíbe “independientemente del estado civil de la mujer” para hacer énfasis en que la convención pretende eliminar todas las discriminaciones que se dan contra las mujeres, incluyendo las que se dan en el matrimonio.

La CEDAW, al pretender eliminar la discriminación de jure y de facto, pretende lograr no solo la igualdad de jure, sino la igualdad de facto o igual-

dad real o sustantiva. El objetivo es la transformación social, el cambio social que va más allá del cambio legislativo, aunque lo incluye. Es más, la igualdad de jure se concibe solo como un medio para lograr la realización práctica del principio de igualdad. Es importante notar que tampoco la igualdad de jure se concibe como un tratamiento exacto por parte de la legislación a hombres y mujeres. Se trata de una igualdad basada en el goce y el ejercicio de los derechos humanos que por lo tanto, permite trato distinto, aún por parte de la ley, cuando la situación es distinta.

Por otro lado, si una lee la convención a la luz de las Estrategias de Nairobi⁸, puede entender que además, la igualdad que busca la CEDAW no se circunscribe solamente a lograrla entre los sexos sino que es una igualdad que solo podrá alcanzarse eliminando otras desigualdades sociales: “Es por esto que la solución al problema de la discriminación contra la mujer, tiene que buscar las causas y promover los” cambios de las estructuras sociales y económicas que hagan posible la plena igualdad de la mujer y su libre acceso a todas las formas de desarrollo como agente activa y beneficiaria, sin discriminación de ningún tipo”⁹. Esto quiere decir que el Estado está obligado a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de todas las mujeres lo que implica que debe tomar medidas especiales para con ciertos grupos de mujeres más desaventajados.

En sus “comentarios finales” así como en las Recomendaciones Generales, el Comité de la CEDAW ha ido profundizando y ampliando el significado de la igualdad entre los sexos para incluir a sectores o grupos de mujeres que viven una triple discriminación. Así por ejemplo, en sus comentarios finales al tercer informe periódico de Venezuela, el Comité le insistió a este país que para lograr la igualdad de todas las mujeres, tenía que fortalecer sus programas de eliminación de la pobreza ya que ésta afecta más severamente a una gran mayoría de mujeres¹⁰.

8 En su momento las Estrategias de Nairobi fueron entendidas como el plan de acción para implementar la CEDAW aunque ahora se habla más de la Plataforma de Beijing.

9 Pár. 53 de las Estrategias.

10 Ver CEDAW /C/1997/L.1/ Add.6.

VI. Fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos

Otro logro de esta convención es que es un ejemplo concreto de la indivisibilidad de los derechos humanos, principio que se afirma a menudo en abstracto pero que raramente se expresa en concreto. En el discurso de derechos humanos se afirma que todos los derechos son indivisibles e interdependientes. Se destaca que la promoción y el disfrute de ciertas libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, la realidad es que se le ha dado mayor importancia a los derechos civiles y políticos que a los económicos, sociales y culturales y a los individuales que a los colectivos.

En la CEDAW, aparecen con igual importancia todos los derechos al establecer en un solo instrumento derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos, así como derechos colectivos de sectores de mujeres y el derecho al desarrollo. Es más, se ha dicho que la CEDAW, además de un documento legal es una guía para el desarrollo porque sugiere un programa de acción que, de cumplirse, llevaría a los estados y a la sociedad en general a un plano de desarrollo superior¹¹. Esta idea la encontramos en el Preámbulo cuando justifica la igualdad de los sexos como una necesidad social e indispensable para el desarrollo.

La CEDAW es un instrumento poderoso para la promoción de los derechos humanos de las mujeres. Esta convención, vista a la luz de las Recomendaciones Generales del Comité, las Estrategias de Nairobi, los Programas o Plataformas de Acción de Viena, Cairo, Beijing y Durban y algunas resoluciones del ECOSOC y recomendaciones de otros comités de Derechos Humanos, ha demostrado ser un instrumento eficaz para quienes estamos tratando de crear un marco internacional de derechos humanos de las mujeres. Al mismo tiempo, la CEDAW es débil en cuanto a que es el tratado con mayor cantidad de reservas sustantivas planteadas por los países.

Algunas de esas reservas afectan aspectos medulares de los conceptos de igualdad entre los sexos y discriminación contra las mujeres que son la base

11 Ver Marsha Freeman, "Women, Development and Justice, Using the International Convention on Women's Rights", en Joanna Kerr, ed., *Ours by Right*, Canada, The North South Institute, 1993.

misma de la CEDAW. Hay reservas que despojan a las mujeres del país reservante de las garantías de igualdad estipuladas en la CEDAW. Hay otras reservas que preservan las facultades de los Estados Parte para continuar con la discriminación en determinadas esferas. Lo más frecuente es que estas reservas sean en la esfera de la familia, que es precisamente donde se dan más violaciones a los derechos de las mujeres.

El Comité de la CEDAW ha expresado en múltiples ocasiones su preocupación frente a la cantidad y amplitud de las reservas pero, aunque ciertos estados han retirado algunas de las suyas, todavía siguen vigentes otras que son incompatibles con el objetivo mismo de la convención. El problema es que la CEDAW, aunque expresamente dice en su art. 28 inc. 2 que “no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente convención” no contiene ningún mecanismo para rechazarlas en caso de que un Estado ratificante las formule. En mi opinión, el Secretario General debería rechazar este tipo de reservas pero ese no ha sido el caso.

VI. El Comité de la CEDAW

Como sucede en los otros cinco instrumentos principales de derechos humanos del sistema de derechos humanos de la ONU,¹² el art. 17 de la CEDAW, establece un comité integrado por 23 expertas/os, que elige la Conferencia de Estados Parte cada dos años a título personal. Esto quiere decir que las y los expertos no son representantes del gobierno del país del cual son nacionales, sino personas que son expertas en los temas de la convención.

De conformidad con el art. 18, los Estados Parte deben informar al Comité acerca de sus actividades para alcanzar las metas de la convención. Al año de ratificada, el Estado debe presentar su informe inicial y luego debe presentar informes periódicos cada cuatro años.

El Comité examina tales informes en períodos de sesiones que en los primeros años celebraba una vez al año, con duración de 10 días, según lo dis-

12 Los otros cinco instrumentos son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención Internacional contra la Tortura, y la Convención sobre los Derechos de la Niñez.

pone el art. 20, y presenta, a su vez, un informe anual a la Asamblea General, por conducto del ECOSOC, sobre el desarrollo de sus trabajos. Después, a propuesta del mismo Comité, la Conferencia de los Estados Parte recomendó a la Asamblea General que aprobara una enmienda al art. 20 por la que se autorizará la celebración de un mayor número de períodos de sesiones, según se requiera. En ese contexto, a partir de 1993, la Asamblea General autorizó provisionalmente al Comité a reunirse por tres semanas cada año y desde 1997, la propia Asamblea General amplió su autorización para que se celebren dos períodos de sesiones anuales, de tres semanas cada uno, con el objeto de que el Comité pueda reducir el número de informes no examinados que se han acumulado por falta de tiempo para su estudio.

El Comité ha aprobado una guía y varias directrices para ayudar a los estados en la preparación de esos informes. Según éstas, se pretende que el informe inicial sea una descripción detallada e integral de la situación de las mujeres en ese país al momento de presentación del documento. Su propósito es proporcionar un elemento de referencia respecto del cual puedan medirse los adelantos posteriores. Los informes periódicos subsiguientes tienen el propósito de actualizar el informe previo, detallar acontecimientos significativos que se hayan producido en los últimos cuatro años, señalar las tendencias fundamentales e individualizar los obstáculos que se oponen a la cabal aplicación de la CEDAW.

Los informes iniciales son presentados por un/a representante del país quien puede efectuar una presentación suplementaria que no está en el informe que meses antes ha mandado el Gobierno. Los y las miembros del Comité pueden pedirle que aclare o amplíe cualquier cuestión relativa al informe o la presentación misma. Generalmente la o el representante regresan a los días para contestar las preguntas o dar más información que han solicitado a su Gobierno.

A partir de 1990, los informes periódicos son examinados por un grupo de trabajo del comité compuesto por cinco miembros/os. El grupo de trabajo prepara preguntas para orientar al Comité cuando examine el informe. Esas preguntas son enviadas de antemano al Gobierno para que las responda cuando presenta su informe periódico.

El proceso de presentación de informes es público y cada año se nota un mayor interés por estas sesiones por parte de las ONG, tanto internacionales como las que llegan de los países que presentan su informe. El comité ha or-

ganizado su trabajo a fin de maximizar al máximo la información sobre el país. Así ha invitado a los organismos especializados de la ONU a presentar informes para su consideración. Es así que todos los años UNIFEM, UNICEF, PNUD, UNESCO, FAO, OIT, FNUAP, etc. presentan informes ya sea acerca de su tema con respecto a las mujeres en el mundo, o acerca del país que presenta su informe.

Hace unos años, el Comité decidió invitar a las ONG a proporcionarle información general y específica sobre la situación de los países cuyos informes se examinan, tanto en sesiones informales, como mediante informes que preparan las ONG nacionales con la ayuda de organizaciones internacionales como IWRAW-Asia Pacific, IWRAW, Amnesty International, Human Rights Watch, etc.

El análisis de los informes ha permitido al Comité desarrollar lo que él mismo ha llamado “un diálogo constructivo” con las y los representantes de los estados, a través de las preguntas y comentarios que las y los expertos miembros del Comité plantean. El examen por el comité de los informes nacionales no tiene el propósito de ser un proceso de enfrentamiento o acusatorio. Se hacen grandes esfuerzos por entablar un diálogo y por eso el Comité nunca acusa a un Estado de haber violado la CEDAW sino que le señala las deficiencias en una sesión de preguntas y respuestas.

Al finalizar las sesiones públicas, el comité revisa la información recibida en respuesta a sus preguntas al Estado Parte, así como la proporcionada por los representantes de ese gobierno durante el diálogo público, en una sesión privada en la que decide cuáles son los comentarios y observaciones finales que habrá de presentar al Estado, mismas que se incluyen en su informe anual a la Asamblea General.

Del análisis de la información que resulta de las sesiones y los distintos informes, el comité emite sus Recomendaciones Generales. Hasta la fecha, estas Recomendaciones Generales no se han referido a estados determinados sino que son dirigidas a todos los Estados Parte para indicarles qué medidas concretas pueden tomar para cumplir con sus obligaciones con arreglo a la Convención.

Las primeras Recomendaciones Generales emitidas por el Comité de la CEDAW son breves y de índole general pero en su décimo período de sesiones, el Comité decidió que iba a formular recomendaciones sobre determinados artículos de la convención o sobre temas que no estaban cu-

biertos explícitamente por la misma. Fue así como en 1992, el Comité abordó el tema de la violencia contra la mujer en su Recomendación General No. 19, en la que define esta violencia como forma de discriminación contra la mujer y por lo tanto, prohibida por la CEDAW. Otras recomendaciones generales muy importantes vinieron después. En 1994, elaboró la Recomendación General No. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en 1997, la Recomendación General No. 23, sobre la vida política y pública y en 1999, la Recomendación General No. 24, sobre la mujer y la salud.

VIII. El Protocolo opcional de la CEDAW

En 1991, 10 años después de que entrara en vigor la CEDAW, como parte de las recomendaciones de una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU, se pidió al Secretario General que examinara la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de las violaciones a la CEDAW enviar comunicaciones al Comité de la CEDAW. Derecho que ya tenían las víctimas de violaciones a la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* o las víctimas de violaciones a derechos civiles o políticos o de tortura en el sistema de Derechos Humanos de la ONU. Así se inició un largo camino hacia la creación de un instrumento formal, separado de la CEDAW, que introduciría un procedimiento de recepción de comunicaciones y, posiblemente también, un procedimiento de investigación de conformidad con las normas de la misma CEDAW.

Hay que recordar que en ese camino hubo una gran movilización de mujeres hacia y en las Conferencias de Viena y Cairo y que en las dos, los gobiernos acordaron pedirle a la Asamblea General de la ONU que iniciara la negociación de un tal mecanismo. Fue así que en julio de 1995, el ECOSOC resolvió que ese mecanismo podría estar contenido en un protocolo facultativo u opcional a la CEDAW. Beijing reiteró el llamado a apoyar un protocolo y ya para 1996, se iniciaron las negociaciones en un grupo de trabajo que sesionó hasta su aprobación por la CSW en 1999 para ser abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre del 2000,

el Protocolo Facultativo entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación como lo exige su mismo artículo 16¹³.

Ahora bien, para qué se necesitaba este protocolo facultativo si más de 160 países habían ratificado la CEDAW para ese entonces con lo que quedaba legalmente establecida la obligación de eliminar la discriminación basada en el sexo/género por parte de todos esos estados. Hay varias razones:

1. Los mecanismos internacionales existentes para la implementación de la CEDAW eran inadecuados o insuficientes.
2. Aunque todos los otros instrumentos de Derechos Humanos de la ONU prohíben la discriminación basada en el sexo y por ende las víctimas de este tipo de discriminación podrían enviar sus comunicaciones a los comités que sí tienen la posibilidad de recibir las, éstos no tienen la experiencia necesaria para realmente entender casos individuales o violaciones extensivas sobre derechos humanos de las mujeres. Es decir antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, no había la posibilidad de una revisión de casos de este tipo por un órgano especializado independiente que incorpore en el análisis el enfoque de género y la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres.
3. Un Protocolo Facultativo promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención.
4. El Protocolo permitiría la reparación en casos de comunicaciones individuales. La existencia de recursos internacionales es particularmente significativa para las mujeres porque en general, las leyes nacionales no protegen a las mujeres de violaciones de derechos básicos, como la discriminación de género en el mercado de trabajo o en la legislación de familia.
5. El Protocolo Facultativo podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres,

13 Art. 16. 1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.

- así como una mayor atención a la CEDAW por parte de personas, grupos y organizaciones no gubernamentales de mujeres.
6. El Protocolo contribuiría a la integración de los derechos humanos de las mujeres en los programas de derechos humanos de las Naciones Unidas al crear una doctrina sobre éstos. Otros organismos de derechos humanos de la ONU, podrían inspirarse en el Protocolo Facultativo de la CEDAW, para realizar un análisis más profundo de la naturaleza y el ámbito de los aspectos específicos de la discriminación de género.
 7. Un Protocolo Facultativo colocaría a la CEDAW en condiciones de igualdad con otros tratados internacionales que tienen procedimientos de comunicaciones.

Como vemos, fueron muchas las razones que llevaron a la adopción del Protocolo Facultativo y son éstas mismas razones las que deberían llevar a una ratificación universal de este importante instrumento.

Ahora bien, si son tantas las razones que justifican un Protocolo Facultativo y si ya casi todos los estados se obligaron moralmente a ratificarlo al haber adoptado las Plataformas de Acción de Viena, Cairo y Beijing, así como el mismo Protocolo, por qué hay resistencia a ratificarlo en algunos países. Para entender esta resistencia, hay que recordar que la misma reivindicación específica de una Convención como la CEDAW durante muchos años se consideró innecesaria pues se asumió que con declarar la igualdad entre hombres y mujeres se lograría eliminar prácticas de discriminación y violencia de género históricas ejercidas sistemáticamente contra las mujeres en razón de su género. Fue después de muchas movilizaciones y muchas negociaciones que se logró que se entendiera que la garantía de igualdad y no discriminación no crean derechos para la mujer que sean específicos para la realidad cotidiana de ésta aunque sí ofrecen a las mujeres la oportunidad de ejercer, en igualdad de condiciones con los hombres, derechos reconocidos universalmente, inherentes a la condición humana que compartimos hombres y mujeres. Debido a que las mujeres vivimos situaciones en las que podemos ser tratadas exactamente como se trata a los hombres pero también tenemos necesidades específicas tanto por nuestra condición sexual como por las estructuras de género que nos discriminan, era necesario una convención que no solo garantizara la igualdad y prohibiera la discriminación,

sino que reconociera derechos y delinea medidas concretas para lograrlo. Una vez que se entendió esto, los estados miembros de la ONU adoptaron la CEDAW y con el tiempo, 168 la ratificarían.

Sin embargo, a pesar de que la CEDAW ya tiene más de 20 años de vida, todavía la diversidad y amplitud de la discriminación contra las mujeres no es universalmente entendida. Muchos/as siguen creyendo que con promulgar la igualdad formal y eliminar las leyes explícitamente sexistas se cumple con la CEDAW. El Protocolo Facultativo ayudará a que se entiendan mejor las múltiples formas que toma la discriminación y que esto solo beneficios podrá traer tanto a los estados, como a la Sociedad Civil en su conjunto.

El que se haya necesitado un Protocolo Facultativo no niega que sí hubo logros importantes antes de su adopción. La CEDAW ha sido ratificada por todos los estados de América Latina y en todos ha sido parcialmente implementada lo que ha significado un avance especialmente a nivel simbólico. Pensemos si no en la derogación de tantas leyes que nos discriminaban explícitamente y el silencio que existía en torno a la violencia contra nosotras. Sin embargo, ante estos logros surgen inevitablemente preguntas sobre qué hacer para que estos avances se reviertan en transformaciones concretas en la vida de las mujeres. Es decir, en transformaciones que por un lado permitan pasar de la declaración de principios a la aprobación de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los gobiernos, y por el otro, fomenten, en amplios sectores de la sociedad civil, la conciencia de que estas reivindicaciones por el disfrute de los derechos humanos de las mujeres compete a la sociedad en su conjunto.

Como ya se dijo, el Protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre del 2000, después de su ratificación por el décimo Estado Parte a la Convención.

Al ratificar el Protocolo Opcional, un Estado reconoce la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y analizar demandas de grupos o de personas individuales dentro de su jurisdicción. Es importante saber que este protocolo no contempla ningún derecho nuevo, es decir, no está reconociendo derechos que no están contemplados en la CEDAW. Algunas personas mal intencionadas han lanzado el rumor de que el protocolo es un instrumento que reconoce los derechos sexuales y reproductivos para asustar a aquellas personas que creen que estos derechos se reducen a permitir el aborto indiscriminado y legalizar la homosexualidad. Esto no es cierto. Esos

derechos ya están reconocidos en otros instrumentos, incluyendo la CEDAW. El Protocolo Facultativo lo que hace es establecer dos procedimientos para que el Comité pueda ayudar a los estados a cumplir con la obligación que asumieron al ratificar la CEDAW.

Los dos procedimientos contenidos en el protocolo son:

1. Un procedimiento de comunicación que permite a mujeres individuales o a grupos de mujeres, someter al Comité, demandas de violaciones a derechos protegidos por la Convención. El Protocolo establece que para admitir comunicaciones individuales a análisis por el Comité, se debe llenar un cierto número de requisitos, incluyendo el que se hayan agotado los recursos internos.
2. El Protocolo también crea un procedimiento de investigación que le permite al Comité analizar situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. En cualquier caso, los estados deben ser parte de la Convención y del Protocolo. El Protocolo incluye una cláusula que permite a los estados declarar, cuando ratifican o acceden, que no aceptan el proceso de investigación. El artículo 17 del Protocolo explícitamente dispone que no se permite introducir reservas a sus términos.

En conclusión, con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, la CEDAW se convirtió realmente en nuestra CARTA MAGNA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. Ahora nuestra carta no solo reconoce y protege todos nuestros derechos, sino que también los garantiza.

Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano

Cecilia Medina

Sumario

Introducción. I. Los problemas que enfrenta la mujer en América Latina. II. El Sistema Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos. 2.1. Normas sustantivas. 2.2. Los órganos de supervisión y sus funciones. III. Breve evaluación del sistema. IV. Cómo utilizar las normas internacionales: algunos ejemplos. V. Algunos propósitos para el futuro. VI. Una anotación final.

Introducción

Antes de entrar en materia, considero útil aclarar mi posición acerca de algunos puntos. Primero, he modificado en forma consciente el título de mi capítulo y me he abstenido de utilizar la expresión “derechos de la mujer”. Mi punto de partida es que los derechos humanos son aquellos que cada ser humano tiene por el solo mérito de ser humano; por lo tanto, no parece ló-

* Cecilia Medina, “Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, en Rebeca Cook, *Derechos Humanos de la Mujer*, PROFAMILIA, Colombia, 1997, pp. 254-278.

gico utilizar una expresión que sugiera la idea de que algunos seres humanos, las mujeres, tienen derechos diferentes a los demás seres humanos, los hombres. Una primera consecuencia de esta posición es que encuentro en la existencia de los derechos humanos la justificación moral para luchar en favor de las mujeres. No puedo pensar en otra razón que me autorice a interceder por el mejoramiento de la condición de la mujer en la vida. En consecuencia, mi enfoque es que la lucha por la mujer forma parte de la lucha general para lograr el respeto por la dignidad de todos los seres humanos, y es de estos últimos de donde esa lucha obtiene la fuerza y la legitimidad necesarias que, en última instancia, garantizarán su éxito.

Una segunda consecuencia de este enfoque es que, con el fin de justificar el goce de los derechos por parte de la mujer, no trato de sugerir que algunas características inherentes a las mujeres son mejores que las de los hombres para el funcionamiento adecuado de la sociedad, o de argumentar que las mujeres tienen un nivel moral más alto o un intelecto superior al de los hombres y que cuando prestan sus servicios en posiciones de liderazgo dentro de la sociedad, ello redundaría en una mejor vida comunitaria. Desde mi punto de vista, las mujeres no tienen que “ganarse” los derechos humanos; deben ser estimuladas y no disuadidas para lograr posiciones de liderazgo en la sociedad y tener su justa cuota de poder, educación, recursos financieros, etc., sólo por el hecho de ser seres humanos y la discriminación con base en cualquier premisa no puede ser tolerada por el derecho internacional. Independientemente de lo anterior, en la lucha por mejorar la situación de cualquier sector de la sociedad, que haya sido postergada en términos de derechos humanos, es legítimo y útil crear nuevas formulaciones para los derechos humanos existentes y adelantar acciones tendientes a combatir violaciones específicas a los derechos humanos, aun si éstas pueden ser subsumidas por las normas generales. De esta forma, las mujeres podrán adquirir instrumentos útiles para lograr la finalidad que persiguen, especialmente la no discriminación en cuanto al goce de los derechos humanos. Por lo tanto, en este momento de la historia, se percibe la necesidad de un derecho internacional de derechos humanos más fuerte, especialmente para las mujeres, y es una necesidad sentida que las mujeres deben lograr este objetivo.

Esta aseveración puede parecer redundante, pero aún provoca controversia. Sin ir más lejos, las mujeres no han gozado realmente de sus derechos

humanos y, quizás influidas por este hecho, algunos sectores de los movimientos femeninos cuestionan la validez o la utilidad de acudir a los derechos humanos para proseguir su lucha¹. A este respecto, y como un segundo punto, creo útil explicitar brevemente mi percepción del derecho internacional sobre derechos humanos, con el fin de explicar por qué estimo erróneo considerar el cuerpo de la ley como el campo principal en el que debe plantearse la lucha para mejorar la cuota de la mujer en la sociedad y, sobre todo, la equidad en cuanto a su tratamiento. Usualmente las sociedades tratan de incluir en sus disposiciones legales los valores que les son caros y concibo el derecho internacional sobre derechos humanos como una respuesta de la comunidad a la violación o a la amenaza, siempre presente, de la dignidad de los seres humanos en todo el mundo. Por lo tanto, considero que los catálogos sobre derechos humanos son determinados históricamente y contienen lo que en cierto momento de la historia aparece como una amenaza de este núcleo que es la dignidad humana. El carácter histórico del catálogo hace que el derecho internacional sobre derechos humanos sea esencialmente evolutivo: por una parte, nuevos grupos de individuos pueden tener acceso a la categoría de seres humanos a los ojos de la comunidad (lo cual, finalmente, los negros y las mujeres están logrando); por otra parte, la comunidad puede percibir nuevas amenazas o más bajos umbrales de tolerancia hacia intromisiones u omisiones del Estado con relación a la dignidad humana. Un perfecto ejemplo es el desarrollo del concepto de intimidación a través de la interpretación progresiva del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos².

Por lo anterior, la situación negativa de la mujer frente el derecho internacional sobre derechos humanos –ampliamente imputable a la ausencia de participación de la mujer en su creación o interpretación– sólo puede ser contrarrestada si la mujer comienza a utilizar consistentemente la legislación internacional sobre derechos humanos para su propio beneficio. Esto parece más indicado si se considera que el derecho internacional sobre derechos hu-

1 Ver la descripción de Hilary Charlesworth de las críticas feministas a los derechos, “¿Qué son los ‘derechos humanos internacionales de la mujer?’”. Capítulo 3 de este libro.

2 Ver Peter van Dijk y Godefridus J.H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, (Teoría y práctica de la Convención Europea de Derechos Humanos) 2d. ed. (Dordrecht: Kluwer, 1990), 368-97, 530-31.

manos ha sido creado y desarrollado en varias instancias, no solamente en los foros intergubernamentales, y por varios actores, que van desde las organizaciones no gubernamentales (ONG), pasando por las cortes y los parlamentos nacionales, y por los individuos. Estos actores se influyen mutuamente y el contenido y la aplicación del derecho internacional sobre derechos humanos es el resultado de una síntesis de todas estas actividades. Al involucrarse en la creación y el funcionamiento del derecho internacional sobre derechos humanos, las mujeres pueden lograr este objetivo.

Un último punto que debo aclarar es que parto de la premisa de que la finalidad del derecho de los derechos humanos es garantizar que los individuos ejerzan sus derechos humanos a cabalidad y no tengan que acudir constantemente a recursos judiciales. A causa de la naturaleza de los derechos humanos, esto puede lograrse mejor a nivel nacional. Por lo tanto, comprendo que el objetivo último del derecho internacional sobre derechos humanos es fortalecer el derecho nacional tanto como sea posible, ya que el derecho internacional por sí mismo debe constituirse en un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos y en el principal instrumento para apoyar y legitimar los cambios necesarios a nivel nacional.

En este capítulo trabajaré desde la perspectiva del derecho internacional sobre derechos humanos, distinguiendo cuatro áreas en las cuales este derecho opera. La primera es la fijación de normas, es decir, la creación de normas legales que establecen el catálogo de derechos humanos que los Estados deben promover y proteger. La segunda es la promoción, entendida como el esfuerzo por desarrollar la conciencia de la comunidad internacional acerca de la existencia de las normas y adelantar campañas para su aceptación. La tercera es la implementación de los derechos a nivel nacional, un área en la cual el derecho internacional tiene el papel de obligar o persuadir a los Estados para que tomen las medidas necesarias con el fin de que los derechos humanos sean disfrutados por todos. La cuarta es la protección, gracias a la cual el derecho internacional otorga a los órganos internacionales la competencia de investigar y, eventualmente, condenar y ordenar la compensación de la violación de los derechos humanos.

Intento, primero, tan sólo señalar los problemas que las mujeres enfrentan en el área de los derechos humanos, bien sea de *jure* o *de facto*, y la im-

portancia del contexto político, social y económico para la solución de estos problemas³. No pretendo dar una lista exhaustiva de los problemas ni referirme a las diferencias que existen entre los países del continente, ni sustentar mi percepción con referencias a datos estadísticos. Segundo, me propongo describir las principales características del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos, seleccionando aquellas que considero adecuadas para coadyuvar a la situación particular de la mujer. Tercero, a la luz de lo que precede, me propongo ofrecer algunos ejemplos de lo que las mujeres pueden hacer dentro del sistema tal como está planteado actualmente. Cuarto, indicaré algunas acciones que, en mi opinión, deben adelantarse para lograr los objetivos perseguidos por las mujeres.

Soy consciente, y creo que es importante que el lector también lo sea, de que la lucha por el goce real de los derechos humanos por parte de la mujer es multidimensional y heterogénea y, por lo tanto, mi contribución se refiere únicamente a una de las muchas formas que puede tomar la lucha con el objeto de lograr sus fines⁴.

I. Los problemas que enfrenta la mujer en América Latina

La posición de la mujer en América Latina no constituye una excepción. Las estadísticas demuestran en general, las mismas debilidades de otras partes del mundo. La posición de la mujer en la sociedad se refleja claramente en el orden legal de sus países, en los cuales aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias, aunque la mayoría de los Estados han ratificado los tratados internacionales que establecen la obligación de eliminar, entre otras cosas, la discriminación legal. La situación mejora a un ritmo muy lento⁵, y aún es posible encontrar disposiciones discriminatorias en

3 Aunque el sistema interamericano opera para la totalidad del continente Americano, incluyendo a los Estados Unidos, Canadá y las Islas del Caribe, en este documento me refiero a los problemas de la mujer en América Latina.

4 Ver en este aspecto V. Vargas Valente, "Movimiento de mujeres en América Latina: un reto para el análisis y para la acción", "Revista Paraguaya de Sociología, 77 (1990): 53-69. Este Artículo fue publicado en inglés en la "Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe" (1990).

5 En Chile, por ejemplo, hay una propuesta de ley con el fin de disminuir la subordinación de las mujeres casadas frente a sus esposos. Costa Rica, Honduras y Nicaragua han modificado los aspectos

la legislación civil, especialmente en lo que respecta a las mujeres casadas y su capacidad para administrar la propiedad conyugal o aun sus propios bienes, o en la legislación penal, donde las diferencias entre hombres y mujeres o entre mujeres “honestas” o “puras” y mujeres “deshonestas” constituyen una flagrante discriminación⁶. Por ejemplo, un sólo acto sexual de una mujer casada con un hombre que no sea su esposo, constituye un delito penal llamado adulterio, mientras que los hombres casados sólo pueden ser castigados por concubinato, es decir, si sostienen relaciones con otra mujer durante un cierto período de tiempo. La penalización por violación no depende de la gravedad de la ofensa sino de las calidades de la víctima, ya que la legislación distingue entre mujeres casadas y solteras (la pena es mayor si la víctima es casada), “honestas” y “no honestas” (naturalmente la pena es mayor si la víctima es “honestas”). Debe recordarse que en casi todos los países latinoamericanos el aborto es un delito, aun en casos de violación.

Si bien es cierto que en algunos países la discriminación legal ha disminuido, la mujer continúa siendo tratada —en casa, en el trabajo, en la escuela y en la vida social— como subordinada y sigue comportándose como subordinada, agregando a la discriminación legal la de facto⁷. Si observamos la participación política, aunque la mujer comenzó a adquirir derechos políticos a finales de la tercera década⁸ del presente siglo y ahora goza de estos derechos en toda América, el porcentaje de mujeres en cargos públicos es mínimo. En

más discriminatorios de su ley civil. Ver Ana Isabel García. “Situación general de la mujer en Centro América y Panamá” en *Las juezas en Centro América y Panamá: un enfoque ampliado con los casos de Chile y Estados Unidos*, ed. T. Rivera Bustamante (San José, Costa Rica: Center for the Administration of Justice, Florida International University. 1991). 15-40.

6 Ver Cecilia Medina, “Women’s Rights as Human Rights: Latin American Countries and the Organization of American States”, in *Women, Feminist Identity and Society in the 1980s*, (Mujer, identidad feminista y Sociedad en los 80) ed. Myriam Díaz-Diocaretz e Iris M. Zavala (Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins, 1985), 63-79.

7 Ver James Russell, “Reproductive Health: The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women as a Catalyst for Change in Colombia”, (Salud reproductiva: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como catalizador para el cambio en Colombia), U. Toronto Fac. L. Rev. 49(2) (1991): 106-46. Ver también Medina, “Women’s Rights” (Derechos de la Mujer), nota 6.

8 En Chile, por ejemplo, las mujeres obtuvieron el derecho al voto para elecciones municipales en 1931, y el derecho al voto para elecciones del congreso presidenciales en 1949. Ver FLACSO, *Mujeres Latinoamericanas en cifras: Avances de Investigación: Chile*, Documento VI. Situación Jurídica

Chile, por ejemplo, hay más mujeres registradas para votar que hombres (51.5% contra 48.5%) y casi todas las mujeres registradas votan⁹; sin embargo, escasamente encontramos una Ministra en el Gabinete (Asuntos de la Mujer), 3 Subsecretarias, ninguna gobernadora y 63 alcaldesas, de 325; en el Congreso hay 7 mujeres de 120 representantes, y 3 senadoras de 47; en la rama judicial no hay mujeres en la Corte Suprema y únicamente hay 25 de 120 en las Cortes de Apelación, a pesar del hecho de que las mujeres constituyen el 43.6% del poder judicial¹⁰. En América Central y Panamá la representación de las mujeres no es mayor¹¹.

En cuanto a la situación económica, la enorme brecha entre ricos y pobres afecta particularmente a la mujer. Aunque ha habido algún progreso, la mujer, que constituye la mitad o más de la población de cada Estado del continente americano, tan sólo representa un tercio de la población económicamente activa y es significativamente más pobre que el hombre. Ocupa cargos menos calificados, tiene dificultad para acceder a posiciones más altas, obtiene inferior remuneración que el hombre y enfrenta mayor riesgo de perder su empleo¹². El bajo nivel de educación constituye una desventaja significativa para contrarrestar esta situación. En ciertos países de América Latina, como Nicaragua, Guatemala y Honduras, la tasa de analfabetismo de la mujer se sitúa entre 25% y 40%¹³.

La integridad personal de la mujer se ve a menudo expuesta a la violencia hogareña. El problema de la violencia doméstica tan sólo ha empezado a ser reconocido; no solamente las cifras sirven de ejemplo, sino también la forma como

de la Mujer (Santiago: FLACSO, 1991),3. En los países de América Central el derecho al voto fue otorgado en los años 50. Ver García, "Situación general", nota 5 en la pág. 34.

9 En el referéndum que tuvo lugar en 1988 con el fin de decidir si el General Pinochet continuaba en el cargo, el 97.7% de las mujeres registradas votaron. Un porcentaje similar votó en las elecciones presidenciales que siguieron en 1989. Ver UNICEF/SERNAM, Perfil de la mujer, argumentos para un cambio (Santiago: UNICEF, 1991). Ver también García, "Situación general", nota 5 en las págs.22-27.

10 Nancy de la Fuente, "Situación y desempeño de la jueza en Chile" en Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5, 125-40 en la pág. 130.

11 La proporción de mujeres en los órganos legislativos de toda América Latina y de las Islas del Caribe es de 10%, en la rama a nivel ministerial es 4%. Ver Ana Cecilia Escalante Las mujeres y los procesos de toma de decisiones en Centroamérica y Panamá", Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5 en la pág.49.

12 García, "Situación General", nota 5 en las págs.22-27; y UNICEF/SERNAM, Perfil de la Mujer; nota 9.

13 García, "Situación General", nota 5 en la pág.27.

la ley y la sociedad reaccionan ante la misma¹⁴. La libertad personal de la mujer está severamente restringida. Por ejemplo, un estudio efectuado para toda América Central sugiere que el 50% (Costa Rica) y el 85% (El Salvador) de las mujeres que viven con un hombre, casadas o no casadas, no desean tener más de dos o tres hijos; sin embargo el acceso a los anticonceptivos es, como asunto de política, extremadamente difícil. Como resultado, las tasas de fertilidad en esos países entre 1985 y 1990 fueron las siguientes: Honduras, Guatemala y Nicaragua, alrededor de seis hijos; El Salvador, alrededor de cinco hijos¹⁵.

El asunto de la subordinación de la mujer es un problema de poder, hondamente enraizado en la cultura de América Latina. Para poner fin a la subordinación, es necesario modificar la cultura. Esta no es una labor fácil y exige un conocimiento profundo del contexto político, social, económico y racial de América Latina. De otra forma, las estrategias para mejorar la situación no serán efectivas. Dos factores que deben ser considerados son el aún imperante “Marianismo” en la cultura de América Latina, que es el complemento del “machismo”, y la manera como se formó la población del continente. En un estudio muy interesante, tres autores analizan la influencia del “mestizaje” en la identidad del hombre y la mujer latinoamericanos. Sugieren que la mezcla de los hombres europeos con las mujeres indígenas, resultado de la violencia y dentro del contexto de la guerra, así como la combinación de las creencias religiosas indígenas (donde la mujer representaba la dadora de vida, el mundo), con el Catolicismo Europeo y su veneración por la Virgen María, colocaron a la mujer frente a un doble compromiso. Por una parte, la mujer encuentra su justificación en la maternidad; por la otra, se identifica a sí misma con la Virgen María, y por lo tanto, lucha por ser tan pura y abnegada como “Ella” lo fue¹⁶.

14 Para Chile ver Gloria Guerra. Muestreo sobre violencia doméstica en postas y comisarías de la Comuna de Santiago (SERNAM, Documentos de Trabajo, Santiago, Diciembre 1990), Para Brasil, ver Human Rights Watch/Americas Watch, *Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil* (Injusticia penal: violencia contra la mujer en Brasil), (New York: Human Rights Watch, 1991). Para Colombia, ver Profamilia, *La violencia y los derechos humanos de la mujer*; (Bogotá: Printex Impresores Uda., 1992).

15 Ver García. “Situación General”, nota 5 en las págs.21 y 33.

16 Ver Sonia Montecino, Mariluz Dussuel, y Angélica Wilson, “Identidad femenina y modelo mariano en Chile”, en *Mundo de Mujer: continuidad y cambio*, Centro de Estudios de la Mujer (Santiago: Ediciones CEM, 1988),501-22.

En lo referente a la esfera política, en muchos países latinoamericanos la democracia aún no se ha implantado y tanto los hombres como las mujeres viven en un contexto de autoritarismo que no es el vehículo apropiado para lograr la igualdad. La represión o la subordinación son hechos de la vida diaria con los que muchas deben convivir. La polarización política también es un factor restrictivo: la ideología de derecha considera a la mujer como madre y esposa; la izquierda pregona la igualdad y considera que la subordinación de la mujer se debe al capitalismo pero se niega a luchar por la liberación de la mujer so pretexto de que esto debilitaría la lucha para cambiar a la sociedad como un todo¹⁷. Las mujeres progresistas no han tenido éxito o no han logrado encontrar argumentos válidos para contrarrestar este hecho. Como resultado, hay sectores significativos de mujeres latinoamericanas progresistas que no tienen una reacción positiva frente al “feminismo”¹⁸. No se describen a sí mismas como “feministas”, aun cuando se comporten como tales. Parece que muchas mujeres temen al término puesto que tiene connotaciones radicales para la cultura que han compartido por tan largo tiempo; en este sentido, al declararse a sí mismas “feministas”, creen estar empeñadas en una guerra abierta contra sus familias y las relaciones sociales.

Más aún, en América Latina el movimiento feminista tiende a ser percibido negativamente como “petit bourgeois”; aunque los movimientos femeninos de clase media y baja persigan los mismos cambios culturales que las feministas, no son asimilados al feminismo sino a lo que se llama “movimientos populares”¹⁹. Una posible explicación es que el feminismo ha sido promovido especialmente por mujeres intelectuales y de las clases media alta y alta, es decir, por quienes tienen acceso a los adelantos del “primer mundo”

17 Medina, “Women’s Rights as Human Rights” (Derechos de la mujer como derechos humanos), nota 6 en las págs. 63-65.

18 Ver Nancy de la Fuente, “Situación y desempeño de la Jueza en Chile”, en Las juezas, ed. Bustamante, nota 5 en la pág. 137. Ver también Valente, “Movimiento”, nota 4 en las págs.53-69.

19 Ver Valente “Movimiento”, nota 4 en la pág.56. Ver también Actas del V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, San Bernardo, Argentina, Noviembre 1990, en las págs.35-36, donde el movimiento feminista reconoce la diferencia entre éste y los movimientos de mujeres y admite la necesidad de reconocer que el primero es tan sólo una parte de los muchos movimientos que luchan para mejorar la condición de la mujer, especificando que es mucho más importante emprender acciones en áreas específicas dentro del movimiento de la mujer, utilizando un enfoque feminista que afirmar sus acciones como “feministas”.

y tratan el tema del progreso de la mujer desde una perspectiva individualista que demanda actitudes por parte de la mujer, que las mujeres pertenecientes a los estratos más pobres no están en condición psicológica, mental o física de adoptar puesto que la lucha por la supervivencia demanda todo su esfuerzo. La importancia del contexto en el cual vive la mujer fue explicitada por Haydee Birgin, quien se cuestiona acerca de la posibilidad de implantar los postulados del feminismo en medio de la muy severa crisis en Argentina²⁰. Sus reflexiones se basan en el libro de Ludolfo Paramio “La libertad, la igualdad y el derecho a la infelicidad”²¹, en donde plantea que las mujeres trabajadoras no calificadas y que por tanto no tienen ninguna ventaja para competir en el mercado laboral, pueden verse enfrentadas con un dilema si se ven urgidas a trabajar fuera del hogar. Se les dice que si permanecen en el hogar serán esclavas de sus esposos, pero si trabajan fuera del hogar muchas veces llevan una vida más dura y no necesariamente logran mejores condiciones de vida. Si se les da a escoger entre el diablo y el fondo del mar azul, Paramio cree que es probable que las mujeres prefieran enfrentar al demonio y negar la evidencia de su infelicidad o de su opresión²². Reflexiones como éstas, tomadas de la realidad de la mayoría de las mujeres latinoamericanas, permiten una cuidadosa consideración del contexto que rodea a la mujer antes de decidir cualquier acción. En sociedades como las de América Latina, que se caracterizan por una fuerte brecha entre clases, éste es un punto importante que debe ser tomado en cuenta cuando hay que decidir cómo, dónde y cuándo actuar.

20 Haydee Birgin, “Repensando nuestras categorías de análisis”, en Argentina: Varones y mujeres en crisis, ed. Virginia Haurie, Blanca Ibarlucía, y Norma Sanchís (Buenos Aires: Edición Lola Moras, Ediciones Imago Mundi, 1990),28-36.

21 Citado en Birgin, “Repensando”, nota 20 en la pág.31.

22 Citado en Birgin, “Repensando”, nota 20 en la pág.31.

II. El Sistema Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos

2.1. Normas sustantivas

El sistema interamericano²³ para la promoción y protección de los derechos humanos opera para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)²⁴. Veinticinco de ellos²⁵ son evaluados frente al catálogo de derechos humanos aprobado por la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶, que son vigilados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante la Comisión) que actúa como órgano de la Convención y, si se cumplen ciertas condiciones, también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷ (de aquí en adelante la Corte), otro órgano de la Convención. Los restantes Estados miembros de la OEA son evaluados frente a las normas estipuladas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁸, y vigilados por la Comisión In-

23 En este documento solamente me ocuparé de los órganos cuyas funciones son promover y proteger los derechos humanos en general. Al hacer esta escogencia no quiero proyectar la impresión de que el órgano interamericano específico para los problemas de la mujer, la Comisión Interamericana de la Mujer es obsoleto, sino que creo que las posibilidades de que los órganos generales disponen en favor de la mujer no son bien conocidas entre ellas.

24 Los Estados miembros son Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela (todos ellos también hacen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos); y Antigua y Barbados, Bahamas, Belice, Brasil, Canadá, Dominica, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Grenadinas y los Estados Unidos (no hacen parte de la Convención Americana). Aunque la OEA considera a Cuba como un Estado miembro, excluye este país puesto que el gobierno de Cuba ha sido expulsado de la organización y, por lo tanto, Cuba no puede operar dentro del sistema, lo que hace que los esfuerzos por parte del sistema para hacer el seguimiento de la situación de derechos humanos en ese país sean infructuosos.

25 Ver Apéndice A.

26 La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada en la Conferencia Especializada que tuvo lugar en San José de Costa Rica en 1969. Entró en vigor el 17 de julio de 1978. Texto reproducido en OEA, Documentos básicos relativos a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA, 1988, en las págs. 25-55.

27 Convención Americana, art. 62.

28 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, como un conjunto no obligatorio de normas sobre derechos humanos. Actual-

teramericana de Derechos Humanos, esta vez actuando como órgano de la Carta de la OEA.

Tanto la Declaración Americana (a pesar de su título y preámbulo) como la Convención Americana, consagran como principio fundamental la no discriminación, entre otros factores, con base en el sexo. El Artículo II de la Declaración estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Todos los demás derechos son reconocidos para “cualquier ser humano” o para “cualquier persona”, con excepción del Artículo VII, que reconoce el derecho a la protección, el cuidado y la ayuda especial para los niños y para las mujeres durante el embarazo y el período de lactancia. La Convención Americana, a su vez, estipula en su Artículo 1:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, “persona” es todo ser humano.

La Declaración incluye no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales²⁹. La Convención

mente, sin embargo, es casi imposible sostener que la Declaración no es fuente de obligaciones legales para los Estados miembros de la OEA. Ver a este respecto P. Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo* (Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas S.A., 1987), 284-308. Texto de la Declaración en *Basic Documents*, nota 26 en las págs. 17-24.

²⁹ Ver arts. VII (derecho a la protección para las madres y los niños), XI (derecho a la preservación de la salud y el bienestar), XII (derecho a la educación), XIII (derecho a los beneficios de la cultura), XIV (derecho al trabajo y a una justa remuneración), XV (derecho al tiempo libre y al uso del mismo) y XVI (derecho a la seguridad social).

Americana incluye únicamente derechos civiles y políticos. Con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, el Artículo 26 estipula que los Estados miembros

se comprometen a adoptar medidas ... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires ...

El 17 de noviembre de 1988 se aprobó en San Salvador un Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador) dentro del marco de la OEA, el cual se encuentra abierto para firma y ratificación³⁰.

Además de estos tratados de alcance general, existe también el Protocolo a la Convención Americana sobre la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Paraguay el 8 de junio de 1990³¹, y la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, aprobada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985³². Específicamente para la mujer existen las Convenciones Interamericanas sobre la Concesión de Derechos Políticos y sobre Derechos de Civiles de la Mujer, aprobadas durante la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos que se llevó a cabo en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948³³.

Una norma que también debe ser mencionada es el Artículo 29 de la Convención Americana, que brinda el marco para que los Estados interpreten la Convención:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

30 Hasta ahora, 15 Estados han firmado el Protocolo, pero solamente Surinam lo ha ratificado.

31 Este Protocolo ha sido firmado por seis Estados y ratificado por uno, Panamá.

32 La Convención ha sido firmada por veinte Estados y ratificada por once Estados, y entró en vigencia el 28 de febrero de 1987.

33 De conformidad con la Res. AG/RES.1128 (XXI-0/91), la Comisión Interamericana de la Mujer redactó un proyecto de Convención Interamericana contra la Violencia Doméstica que fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 9 de Junio de 1994 en Belem do Pará (Brasil).

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno;
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

2.2. Los órganos de supervisión y sus funciones

El Sistema Interamericano posee dos órganos para vigilar el cumplimiento por parte de los Estados del Derecho Internacional de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

(a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión³⁴, órgano compuesto por siete expertos independientes, ejerce actividades relacionadas con los Estados miembros de la OEA y que no son parte de la Convención, de acuerdo con las facultades de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, así como actividades relacionadas con los Estados parte de la Convención Americana, de acuerdo con las facultades de dicha Convención. Estos últimos Estados también están sujetos a la supervisión de la Comisión bajo la autoridad de la Carta en aquellos aspectos que no están incluidos en la Convención³⁵.

34 Un profundo análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede hallarse en Cecilia Medina, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* (La batalla por los derechos humanos: violaciones flagrantes y sistemáticas y el sistema interamericano), (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), cap. 4 en las págs.67-92, cap. 6 en las págs. 113-59.

35 Ver Cecilia Medina, "Procedures in the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights: An overview", (Procedimientos en el sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos: panorama general), SIM, Newsletter 6(2) en las págs.83-102.

La Comisión tiene múltiples funciones. El Artículo 41 de la Convención establece, entre otras funciones y facultades:

- Desarrollar la conciencia sobre la importancia de los derechos humanos entre los pueblos de América
- Prestar servicios de asesoría a los Estados Miembros de la OEA en el campo de los derechos humanos
- Hacer recomendaciones a los Estados para la adopción de medidas progresistas en favor de los derechos humanos; y
- Investigar y opinar acerca de las denuncias por violaciones de derechos humanos.

Más aún, a través de su práctica, la Comisión ha dado un espectro más amplio a sus facultades ya que ha jugado un papel importante en el campo de los buenos oficios y de la mediación³⁶. Por lo tanto, la Comisión ejerce labores promocionales y de protección.

Como resultado de su función promocional, la Comisión prepara estudios e informes, asesora a los Estados, desempeña un modesto papel educativo organizando seminarios y conferencias y ejecuta actividades cuasi legislativas al redactar convenciones sobre derechos humanos³⁷. Tal como se especificó anteriormente, esta función la presta a todos los Estados Miembros de la OEA.

En ejercicio de su función protectora, la Comisión ha diseñado dos procedimientos. El primero consiste en examinar las denuncias relativas a casos específicos de violación de derechos humanos. Este procedimiento puede ser activado por cualquier persona, grupos de personas, entidades no gubernamentales legalmente reconocidas por uno o más Estados Miembros de la OEA (Artículo 44 de la Convención), o por un Estado, si se cumplen las condiciones estipuladas en el Artículo 45 de la misma. Las regulaciones de la Comisión establecen normas diferentes para tratar las denuncias contra los Estados partes de la Convención y contra aquellos que no forman parte de la misma³⁸. Finalmente, de conformidad con el Artículo 26(2) de dichas regulaciones, la Comisión puede estudiar un caso por su propia iniciativa.

36 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs. 139-43.

37 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en las págs. 122-26

38 Ver para el primero, arto 31 a 50, y para el segundo, arto 51 al 53 de las Regulaciones.

El segundo procedimiento está diseñado para examinar la situación general de los derechos humanos en determinado país. Aunque no siempre es así, la Comisión usualmente pone en marcha este segundo procedimiento cuando el Estado está comprometido en violaciones de derechos humanos flagrantes y sistemáticas. Más aún, algunas veces la Comisión hace un escrutinio de los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de este procedimiento, según las facultades que le otorga la Declaración Americana³⁹.

Ampliando sus facultades frente a otros órganos de derechos humanos y como un asunto rutinario, la Comisión Interamericana vigila la conducta de los Estados no sólo en lo que toca a las obligaciones internacionales establecidas en la Convención Americana o en la Declaración Americana, sino también todas aquellas obligaciones en el campo de los derechos humanos⁴⁰. La Comisión es competente para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer u otros tratados internacionales en favor de los derechos humanos de la mujer.

El procedimiento para procesar los informes sobre casos específicos de violación de derechos humanos termina con un concepto de la Comisión, y el caso puede pasar a la Corte si se cumplen determinadas condiciones. Antes de que la Corte se ocupe de un caso es necesario, primero, que el procedimiento ante la Comisión haya finalizado; segundo, que la Comisión o un Estado parte someta el caso a la Corte; y tercero, que los Estados partes del caso reconozcan o hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte⁴¹. El procedimiento para examinar la situación general de los derechos humanos en un país, usualmente termina con un “informe del país”, que casi siempre es publicado y analizado en el foro público de la Asamblea General de la OEA.

Para cumplir con su función protectora, la Comisión cuenta con varios mecanismos legales para investigar la conducta de los Estados respecto a los derechos humanos. Puede solicitar información al Estado, utilizar informes

39 Ver a este respecto, Medina, Battle, nota 34 en la pág. 125.

40 Ver Medina, Battle, nota 34 en las págs. 126-27, 154.

41 Ver artículos 61 y 62 de la Convención. Esto significa que únicamente los casos contra los Estados partes de la Convención pueden llegar a la Corte. A diciembre de 1991, catorce Estados habían reconocido la jurisdicción de la Corte: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

como fuente de información, llevar a cabo audiencias y practicar observaciones locales. Una vez que la situación es investigada o, en algunas ocasiones, mientras la situación está siendo investigada, la Comisión puede emprender acciones tales como hacer recomendaciones, ofrecer sus buenos oficios o su mediación y utilizar publicidad.

Por último, parece necesario mencionar el hecho de que, puesto que la Comisión ha operado durante casi veinte años con base en sus propias regulaciones, sus normas de procedimiento son muy flexibles y se adaptan a cualquier situación de derechos humanos en un continente en donde muchas veces la norma legal no prevalece.

(b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constituida por siete miembros, “juristas de la más alta solvencia moral y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos”, la Corte ejerce dos tipos de jurisdicción: contenciosa y consultiva. La Corte puede ejercer la primera únicamente en lo que respecta a los Estados partes de dicha Convención, mientras que puede ejercer la segunda a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA o, dentro de su esfera de competencia, de cualquiera de los órganos de la OEA mencionados en el Capítulo 10 de la Carta de la OEA⁴².

La jurisdicción consultiva faculta a la Corte para interpretar el Artículo 64(1) de la Convención Americana u “otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”. La Corte Interamericana interpretó la expresión “otros tratados” en el Artículo 64(1) estipulando que:

la Corte puede ejercer la jurisdicción consultiva, en general, con respecto a cualquier disposición que trate de la protección a los derechos humanos estipulada en cualquier tratado internacional, aplicable en los Estados Ameri-

42 Estos órganos son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, los tres Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Secretariado General, las Conferencias Especializadas y las Organizaciones Especializadas. Estas últimas son, entre otras, la Organización Panamericana de Salud, el Instituto Interamericano del Niño y la Comisión Interamericana de la Mujer.

canos, independientemente de que sea bilateral o multilateral, cualquiera que sea el objeto principal de dicho tratado, bien sea o no que los Estados no miembros del Sistema Interamericano sean o tengan derecho a formar parte del mismo⁴³.

También permite a la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, dar su concepto en cuanto a la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. La Corte ha interpretado la expresión “legislación interna” como aquella que incluye “toda la legislación nacional y las normas legales de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones de la constitución nacional”, así como también las propuestas legislativas que aún no han sido aprobadas como leyes⁴⁴.

La Corte ha presentado doce opiniones consultivas, de las cuales una está directamente relacionada con la discriminación con base en el sexo⁴⁵. La opinión consultiva No. 4 fue solicitada por Costa Rica, de conformidad con el Artículo 64(2) de la Convención Americana, con el fin de obtener un concepto acerca de la compatibilidad de la enmienda constitucional sobre naturalización que estaba siendo discutida en el Congreso. La Corte opinó que la modificación propuesta en el Artículo 14.4 de la ley, que establece condiciones preferenciales para la naturalización de los cónyuges de los hombres frente a los de las mujeres, constituía discriminación incompatible con los Artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana.

La jurisdicción contenciosa faculta a la Corte para transar controversias acerca de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana. Los casos pueden ser presentados ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por los Estados. Un caso puede terminar con una decisión según la cual la Corte puede “determinar que a la

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Otros Tratados”, sujeto a la jurisdicción consultiva de la Corte: art. 64, Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión consultiva, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Ser. A. No. 1, primera conclusión, en la pág.43.

44 Convención Americana, arto 64. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Modificaciones propuestas a las disposiciones de naturalización de la Constitución de Costa Rica, Opinión consultiva, OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, Ser. A No. 4, parágrafo 14 en la pág. 87 y prágrafo 28 en la pág. 92.

45 Modificaciones propuestas, nota 44.

parte lesionada se le garantice el goce de su derecho a la libertad que le fue violado” y que “las consecuencias de la medida o de la situación que constituye la violación de dicho derecho o libertad sean compensadas y se pague una indemnización justa a la parte lesionada” (Artículo 63). El Artículo 68 estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”; establece además que cuando el fallo incluye indemnización por daños, éste puede ser ejecutado en el país respectivo.

Hasta el momento, ocho casos han sido presentados ante la Corte; tres de ellos culminaron en fallo de la Corte, uno está próximo a ser fallado debido a que el Estado aceptó su responsabilidad, y cuatro más se encuentran pendientes. Los primeros tres casos versaban sobre desapariciones y fueron presentados contra Honduras. En dos de ellos⁴⁶ la Corte encontró violación por parte de Honduras del derecho a la vida (Artículo 4), del derecho a un trato humanitario (Artículo 5) y del derecho a la libertad personal (Artículo 7) de la Convención Americana. En el tercero, el caso Fairén Garbí⁴⁷, la Corte no ha podido establecer con certeza que la víctima haya desaparecido dentro del territorio de Honduras y por lo tanto no encuentra que la responsabilidad de dicho Estado haya sido probada.

Hay dos casos contra Surinam que afectan los derechos consagrados en los Artículos 4 y 7. En uno de ellos la Corte obtuvo la confesión de responsabilidad por parte de Surinam y dejó pendiente la decisión sobre reparación⁴⁸. Los últimos tres casos pendientes son contra Perú y tienen que ver con violaciones de los derechos consagrados en los Artículos 4,5 y 7, más el derecho al debido proceso (Artículo 8), el derecho a la propiedad (Artículo 21) y el derecho a la protección judicial (Artículo 25), con respecto a varios ciudadanos peruanos residentes en Ayacucho.

46 Velásquez Rodríguez, (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 29 de julio de 1988, Ser. C. No. 4), y Godínez Cruz (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Fallo del 20 de enero de 1989, Ser. C No. 5).

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallo del 15 de marzo de 1989, Ser. C. No. 6.

48 Aloeboetoe et al. v. Surinam, Fallo del 4 de diciembre de 1991, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991, OEA/Ser.LIV/II.25, doc. 7, 15 de enero de 1992, Original: Español en las págs. 58-64.

III. Breve evaluación del sistema

(a) Fijación de normas

En cuanto a la fijación de normas, la legislación sobre derechos humanos nos proporciona básicamente los medios para luchar contra la violación privada o pública de los derechos humanos de la mujer. La base es, ciertamente, el principio de no discriminación estipulado en los Artículos 1, 17, 24 y 27 de la Convención Americana y en el Artículo 2 de la Declaración Americana. Desde mi punto de vista, la no discriminación con base en el sexo –así como con base en raza o religión– es no solamente otro derecho humano sino es un principio fundamental, que subyace en el derecho de los derechos humanos en general y el derecho interamericano de derechos humanos en particular, en la medida en que negarlos sería negar la existencia misma de este derecho. Esta condición se refleja en la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide a los Estados partes suspenderla aun en tiempos de emergencia⁴⁹. Ello me lleva a concluir que las reservas a la Convención Americana pueden afectar derechos específicos pero no el principio general de no discriminación con base en el sexo; de otra manera, serían incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención, y por lo tanto una infracción a la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, que rige la creación de reservas a la Convención Americana⁵⁰.

Los Estados que son medidos frente a la Declaración Americana también están obligados a respetar el principio, postulado en su Artículo 2 y en la formulación de los derechos que están reconocidos para “todo ser humano” o para “toda persona”. Una interpretación diferente implicaría excluir a las mujeres y a otros individuos de la categoría de “ser humano” y sería difícil encontrar actualmente a alguien que sostuviera dicho argumento.

Puede argumentarse que hay una diferencia significativa en el tratamiento, por parte del derecho internacional, de la discriminación racial frente a la discriminación sexual, con desventaja para esta última. Es cierto que actualmente parece haber un consenso en cuanto a que el principio de no discriminación

49 Ver Convención Americana, arts. 1, 27.

50 Ver Convención Americana, Art. 75.

con base en la raza se ha convertido en *jus cogens*, mientras que no puede decirse lo mismo acerca de la no discriminación con base en el sexo. Sin embargo, si se analizan los elementos del *jus cogens*, no es posible encontrar ninguna razón lógica para diferenciar entre discriminación racial y sexual. A esta conclusión se ha llegado, por lo visto, a partir de los prejuicios que han permeado el razonamiento jurídico y no de una lectura imparcial de la ley. Aunque crítica en cuanto a la existencia del *jus cogens*, ésta parece ser la posición de Brownlie, quien coloca el principio de discriminación racial entre los ejemplos menos controversiales de la clase, agregando en una nota de pie de página:

El principio de no discriminación religiosa debe estar en la misma situación del principio bastante descuidado de la no discriminación en cuanto al sexo⁵¹.

Para regresar a lo que dije en la introducción, el sistema podría mejorar en cuanto a la fijación de normas mediante una cuidadosa revisión de las normas internacionales con el fin de (I) hallar la mejor formulación posible para evitar su mala interpretación en detrimento de las mujeres, y (II) especificar en forma detallada las obligaciones internacionales de los Estados con el fin de permitir a las mujeres el goce pleno de los derechos humanos, por ejemplo, incluyendo una formulación legal internacional para la violación de los derechos perpetrada contra la mujer como asunto rutinario.

(b) Promoción, implementación y protección

La promoción de los derechos humanos de la mujer no se ha dado a nivel del órgano general de derechos humanos, es decir de la Comisión Interame-

51 Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Principios de Derecho Público Internacional), 3d. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1979), 513. Ver también Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law* (Igualdad y discriminación en el derecho internacional), (Oxford: Clarendon Press, 1985), 264-84. Finalmente, ver La Modificación Americana a la Ley de Relaciones Exteriores: "Freedom from gender discrimination as state policy, in many matters, may already be a principle of customary international law" (la no discriminación de género como política de Estado, en muchos asuntos, puede ya ser un principio de derecho consuetudinario internacional, (citado en Anne F. Bayefsky. "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law" (El principio de igualdad o de no discriminación en el derecho internacional), *Hum. Rts. L.J.* II(1990): 1-34(22J)).

ricana de Derechos Humanos. En general, la Comisión no ha desempeñado adecuadamente su función promocional, pero la promoción está casi totalmente ausente en cuanto al disfrute de los derechos humanos por parte de la mujer. Lo mismo puede decirse con relación a la labor de persuadir a los Estados para que incluyan el principio de no discriminación con base en el sexo dentro del marco legal nacional, lo cual no ha sido intentado por la Comisión. Es cierto que hay un órgano especializado para adelantar esta labor, la Comisión Interamericana de la Mujer, pero esto no sería obstáculo para que la Comisión hiciera su parte, especialmente por que cuenta con la ventaja de un profundo conocimiento de la situación general de los derechos humanos en los territorios de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

La labor de proteger los derechos humanos de la mujer es —a diferencia de los otros dos mencionados anteriormente— estrictamente asunto de la Comisión y de la Corte y tampoco se ha llevado a cabo. La Comisión no ha investigado situaciones discriminatorias obvias que afectan a la mujer ni ha declarado que por permitir la existencia de estas situaciones los Estados están violando el derecho Interamericano de derechos humanos. La Corte no puede utilizar sus facultades a menos que se le solicite hacerlo y por lo tanto no es sorprendente que no haya tenido hasta el presente un caso contencioso sobre discriminación contra la mujer. Por lo tanto, la Comisión ha omitido ejercer sus facultades con relación a la protección de los derechos humanos de la mujer y la Corte no ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de los asuntos de la mujer.

Hacia una garantía más efectiva del goce de los derechos humanos por parte de la mujer en el Sistema Interamericano

En mi opinión, el fracaso de los órganos Interamericanos de supervisión en enfrentar la violación de los derechos humanos de la mujer no es a menudo resultado de una carencia de disposiciones legales, sino más bien de su reticencia para aplicarlos y del hecho de que las mujeres no acuden a los mismos. Para cambiar esta situación, las mujeres deben efectuar un esfuerzo consistente.

Parece esencial que las mujeres empiecen a apropiarse de los órganos internacionales; para lograrlo, deben ser conscientes de que el derecho inter-

nacional de derechos humanos existe, que los Estados han contraído obligaciones internacionales en este campo y que hay órganos con la facultad de hacerle seguimiento al comportamiento de los Estados con respecto al tema de los derechos humanos. Posteriormente, tienen que comenzar a utilizar el sistema llevando sus problemas ante los órganos de supervisión y logrando que éstos eliminen sus sesgos, con el fin de persuadir a quienes aplican la ley de que se desprendan de sus prejuicios y apliquen la norma en todas aquellas situaciones que encuadran dentro de la misma, sin tener en cuenta prácticas pasadas. Más aún, deberían mostrar un mayor interés en controlar la pertenencia a dichos órganos, aplicando presiones para que las mujeres con una “conciencia de género” sean elegidas para los cargos. Debe también ponerse especial atención al seguimiento del desempeño de los miembros de los órganos internacionales con el fin de que asuman su responsabilidad y tratar a toda costa de evitar su reelección.

Los órganos internacionales de por sí tienen una responsabilidad significativa a este respecto. Parece increíble que aunque son nuestros, muchas mujeres ni siquiera conocen su existencia. Es deber de dichos órganos desarrollar mecanismos para llegar a quienes son los principales sujetos de las facultades de protección y difundir su labor de tal manera que pueda iniciarse una dinámica positiva que los relacione con los individuos a los cuales se supone que deben servir.

IV. Cómo utilizar las normas internacionales: algunos ejemplos

(a) Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comunicaciones individuales. El principio general de no discriminación y las disposiciones específicas relativas a la discriminación sexual son suficientes para cuestionar las disposiciones legales locales que discriminen contra la mujer, tales como la incapacidad jurídica, la exclusión de la administración de la propiedad marital, la exclusión de la representación legal de los hijos o de otros individuos. Esto podría lograrse mediante una denuncia enviada a la Comisión Interamericana que eventualmente podría remitirse a la Corte.

Se ha argumentado que el principio de no discriminación en el derecho internacional de derechos humanos no protege a la mujer contra la discriminación de facto. En mi opinión esto no es así. El Artículo 1 de la Convención Americana establece que “los Estados partes tienen la obligación de respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en la Convención”. El Artículo 2 estipula que los Estados partes deben aprobar aquellas medidas legislativas *o de otro tipo* “que sean necesarias para lograr que dichos derechos o libertades sean efectivos”. Las obligaciones estatales que se desprenden de la Convención Americana, incluyen, por lo tanto no sólo el compromiso por parte del Estado respectivo de no violar los derechos humanos, sino también una acción positiva para garantizar el “pleno y total ejercicio” de estos derechos.

La Corte Interamericana desarrolló estas disposiciones legales en su primer fallo⁵². El caso en controversia fue la desaparición del señor Velásquez Rodríguez en el territorio de Honduras y la eventual responsabilidad del Estado por este delito. El caso se basó, primero, en tratar de probar que durante un cierto periodo de tiempo muchos individuos que compartían ciertas características, tales como ideas políticas, desaparecieron en Honduras bajo circunstancias similares y, segundo, en probar que Velásquez Rodríguez desapareció durante el mismo periodo y en circunstancias similares. Aunque el caso versaba sobre una desaparición, la importancia del fallo de la Corte con relación a violaciones no estatales amerita relatar algunas de las afirmaciones contenidas en el mismo. El Artículo 1.1, párrafo 166 del fallo, dice que:

La segunda obligación de los Estados partes es “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos... Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de reorganizar el aparato gubernamental y, en general, toda la estructura a través de la cual se ejerce el Poder público, de tal forma que pueda garantizar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos humanos. En consecuencia... los Estados deben evitar, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención.

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Fallo del 29 de julio de 1988. Ser. C. No. 4, párrafos 169-73.

El párrafo 167 continúa:

La obligación de garantizar... no se satisface por el solo hecho de aprobar un sistema legal para cumplir con esta obligación, sino que requiere también que el gobierno actúe en forma tal que garantice efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, acerca de la responsabilidad del Estado, el párrafo 172 estipula:

Por lo tanto, en principio, cualquier violación de los derechos... resultante de un acto de autoridad pública o de personas que utilizan su posición de autoridad, es imputable al Estado. Sin embargo, esto no define todas las circunstancias en las cuales un Estado se ve obligado a evitar, investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos, ni todos los casos en los cuales el Estado pueda ser encontrado responsable por infracción de dichos derechos. Un acto ilegal que viole los derechos humanos y que inicialmente no sea directamente imputable al Estado (por ejemplo, debido a un acto de una persona privada o debido a que la persona responsable no ha sido identificada), puede llevar a la responsabilidad internacional del Estado, no en virtud del acto mismo, sino por causa de la falta de diligencia para evitar la violación o responder a la misma, tal como lo exige la Convención.

No parece haber un argumento válido para impedir la aplicación de las consideraciones de la Corte en el caso Velásquez a situaciones tales, como por ejemplo, la violencia doméstica contra la mujer o la discriminación de facto en la ley laboral, si pudiera probarse que existe una práctica consuetudinaria que no castiga la violencia doméstica o que el Estado no hace esfuerzos suficientes para evitar el fenómeno. Sería importante poner a prueba la capacidad de la Corte para ser consistente e iniciar una denuncia individual ante la Comisión Interamericana con la solicitud especial de que sea remitida a la Corte una vez haya finalizado el procedimiento ante la Comisión.

Informes del país e informes anuales. Con el fin de efectuar la labor de seguimiento en cuanto al cumplimiento general del principio de no discriminación por parte de los Estados, la Comisión Interamericana tiene la facultad de examinar la situación de los derechos humanos de la mujer en un Estado

específico. Esta es una función protectora y, en este sentido, es de exclusiva responsabilidad de la Comisión. Hasta el momento, los informes de los países jamás han mencionado un caso de discriminación legal contra la mujer y tal vez no es realista esperar que la Comisión lo haga por su propia iniciativa (aunque en el pasado ha habido mujeres miembros dentro de la Comisión). Las asociaciones nacionales de mujeres pueden ponerse en contacto con la Comisión y suministrarle la información pertinente acerca de la situación de los derechos humanos de la mujer en cualquier Estado en el cual la Comisión esté adelantando una investigación. Pueden también solicitar a la Comisión, por ejemplo, que inicie una investigación general seguida por un informe del país sobre el problema de la violencia doméstica, teniendo en cuenta especialmente que el precedente *Velásquez* podría ser utilizado para identificar este tipo de situaciones como “violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas”. En el derecho internacional de derechos humanos vigente, la expresión “violaciones de los derechos humanos evidentes y sistemáticas”, que demanda la acción internacional, es identificada como tal cuando el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas, o el derecho a no estar sometido a arresto prolongado y arbitrario, es violado masiva y sistemáticamente⁵³.

No debemos olvidar que la Comisión tiene la facultad de hacer recomendaciones a los Estados para que aprueben medidas progresivas en favor de los derechos humanos, y debe señalarse que no ha sido tímida en el ejercicio de esta facultad. En su informe anual de 1979-1980, por ejemplo, la Comisión recomendó al gobierno de El Salvador aprobar las siguientes medidas:

- (a) dar pasos efectivos y reales para desarmar a los individuos y para prevenir el ingreso de armas provenientes del exterior;
- (b) adelantar una campaña masiva contra la violencia en las escuelas y en los medios de comunicación;
- (c) reiniciar un diálogo con todos los sectores de la sociedad salvadoreña, sin excepción alguna, incluyendo, por lo tanto, a las fuerzas disidentes

53 Ver Medina, Battle, nota 34 en las págs.7-19. Para el uso del concepto con relación a la mujer, ver Celina Romany, “La responsabilidad del Estado se hace privada: una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el derecho internacional de los derechos humanos, Capítulo 4 de este libro.

de la izquierda y de la derecha, con el fin de restablecer las condiciones que hagan posible a corto plazo realizar elecciones que revelen el verdadero deseo de la población y legitimen al gobierno que resulte victorioso en dicha contienda. Para lograr este fin se requiere una nueva ley electoral y la reorganización del Consejo Electoral Central⁵⁴.

Si no hay informes pendientes del país, sería posible que la Comisión ejerciera sus funciones de supervisión mediante su informe anual, puesto que informa una vez al año, incluyendo, entre otras cosas, “aquellas áreas en las cuales es necesario tomar medidas para un respeto total de los derechos humanos estipulados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos”. La Comisión trata tópicos variados de interés general en esa sección de sus informes anuales, tales como la situación de los indígenas (aunque existe un Instituto Indígena Interamericano), la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de los menores y la independencia de la rama judicial⁵⁵.

Utilizando estos mismos procedimientos, la Comisión Interamericana podría iniciar el seguimiento de la situación de facto de las mujeres en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión ha hecho un ingente esfuerzo en este sentido⁵⁶, y nada le impide agregar el género como una categoría de su análisis. Más aún, aplicando el precedente de *Broeks vs. Holanda* (en donde el Comité de Derechos Humanos, un órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró que Holanda había violado el Artículo 26 del Pacto cuando otorgó beneficios de desempleo desiguales a las mujeres casadas en comparación con aquellos de los hombres casados al estipular que, aunque el derecho a la seguridad social no estaba cubierto por el Pacto una vez que un Estado establece la seguridad social, debe suministrar beneficios en forma igualitaria)⁵⁷, e invocando el Artículo

54 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 Rev. 1, 2 octubre de 1980, original: español en la pág. 147. Para un examen más profundo de las facultades de la Comisión y particularmente de las recomendaciones, ver Medina, Battle, nota 34 en las págs. 135-38.

55 Ver como ejemplo Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, (OEA/Ser.L/V/II.81 rev. 1, Doc. 6, 14 de febrero de 1992), Capítulo 6, en las págs. 282-321.

56 Ver nota 39.

57 Comunicación 172/1984, 42 U.N. GAOR Supp. No. 40. U.N. Doc. A/42/40 (1987).

24 de la Convención Americana –similar al Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– cualesquiera diferencias legales establecidas sobre la base de sexo en el goce de los derechos sociales, económicos o culturales podrían ser cuestionadas en un procedimiento tendiente a denunciar las violaciones a los derechos civiles y políticos establecidos en el Artículo 44 y los Artículos siguientes de la Convención.

Cooperación entre la Comisión y la Comisión Interamericana de la Mujer. La Comisión Interamericana de la Mujer, cuyo mandato es identificar los problemas de derechos humanos de la mujer y promover el avance del derecho internacional sobre derechos humanos en esta área, podría también aportar su cuota para proteger los derechos humanos cooperando estrechamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última puede iniciar casos por cuenta propia, o puede hacerlo por la intervención de la Comisión de la Mujer, que informa siempre que se detecten violaciones masivas en un país. Parece obvia la importancia que puede tener para la promoción de los derechos humanos de la mujer una fuerte participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al hacer un escrutinio de la situación de la mujer en este campo.

(b) Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jurisdicción consultiva de la Corte. Otra Posibilidad para utilizar el sistema sería el cabildeo a nivel gubernamental o legislativo, con el fin de persuadir al Estado de presentar una solicitud formal de una opinión consultiva de la Corte acerca de la compatibilidad de las disposiciones legales con las obligaciones internacionales de dicho Estado en el campo de los derechos humanos. Debemos recordar que la Corte puede examinar las disposiciones legales internas a la luz de otras obligaciones de derechos humanos en el campo internacional, tales como las que han sido establecidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La Comisión Interamericana de la Mujer está también facultada para consultar a la Corte con relación a la interpretación de las disposiciones estipuladas en cualquier tratado que contenga normas de derechos humanos que comprometan legalmente a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Sin embargo, no puede perderse de vista el hecho

de que la Comisión está constituida por representantes del gobierno y por lo tanto no puede esperarse que sea muy efectiva si ello significa exponer a los Estados miembros de la OEA a lo que podría llamarse adecuadamente “la movilización de la vergüenza”. No obstante utilizando el precedente de la solicitud de una opinión consultiva sobre las restricciones a la pena de muerte⁵⁸, donde la Corte aceptó dar su opinión frente a un asunto que estaba siendo discutido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de la Mujer podría utilizar las disposiciones legales de varios Estados para que la Corte aclarara, por ejemplo, el significado del Artículo 11.(2) relativo a la intimidad, el Artículo 17.(4) relativo a la igualdad en el matrimonio, o el Artículo 24 relativo a la igual protección frente a la ley. Una opinión favorable de la Corte acerca de la posición de la mujer con relación a estos artículos, sería un respaldo oportuno a los esfuerzos de la mujer para modificar el derecho nacional.

V. Algunos propósitos para el futuro

(a) Primer Propósito: la investigación

Latinoamérica enfrenta una carencia de recursos financieros para investigación, particularmente si sus resultados no son evidentes a corto plazo. Por lo tanto, es necesario promover la cooperación entre los organismos internacionales y los investigadores locales. Creo que las organizaciones nacionales de mujeres deben trabajar en estrecho contacto con la Comisión Interamericana de la Mujer con el fin de establecer un vasto plan de investigación en aspectos identificados como importantes por las mujeres mismas. Estas investigaciones, adelantadas en forma similar en diferentes países, podrían facilitar una acción más fructífera. La lucha para mejorar la posición de la mujer en la sociedad ha llegado a un punto tal que ni el diletantismo ni la investigación sesgada pueden hacer aportes positivos. Algunas áreas de posible investigación se sugieren posteriormente.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la pena de muerte, arts. 4(2), 4(4), Convención Americana de Derechos Humanos, Opinión consultiva, OC-3/83 de septiembre 8 de 1983, Ser. A, No. 3.

Al inicio de este capítulo dije que la falta del goce de los derechos humanos por parte de la mujer es un problema de cultura. Es importante tomar en cuenta que la cultura es compartida por hombres y mujeres y que hay un número significativo de mujeres que se oponen al cambio. Muchos investigadores señalan el hecho de que las mujeres sienten desprecio por el “feminismo” y que tienen muy poca “conciencia de género”. Otros dicen que las mujeres tienen una actitud conservadora y se ven a sí mismas como depositarias del *status quo*⁵⁹. Estoy de acuerdo con la afirmación de Susana Bianchi, de que la “cultura dominante/masculina” no es impuesta a una “masa inerte conformada por la mitad de la humanidad, sino a sujetos que aceptan la hegemonía y encuentran en ella algo útil para sus propios fines”⁶⁰. Si aceptamos esto, creo que debemos olvidar las expresiones declaratorias y las opiniones voluntaristas para dedicarnos a la labor de investigar cuál es el sentimiento femenino que impide a las mujeres tratar de cambiar una cultura que las coloca en una posición subordinada, con el fin de poder disipar sus temores o su reticencia. En este proceso, debemos proceder con una mente abierta y sin preconcepciones, revisando cuidadosamente los postulados del feminismo para descubrir las adaptaciones que deben efectuarse para llegar al fin último, que es mejorar la posición de la mujer en la vida.

En esta misma línea de pensamiento, creo que debemos investigar y debatir con las mujeres implicadas acerca de las formas de enfrentar el período de transición inherente a cualquier cambio notable de la sociedad, antes de que llegue el momento en que hombres y mujeres compartan por igual el cuidado de los hijos, y de que la sociedad se organice en forma tal que reconozca que el cuidado de la familia es responsabilidad de todos los miembros de la comunidad (estoy pensando aquí en la organización del trabajo en términos de empleos de tiempo parcial para los padres, guarderías en fábricas y oficinas y cosas por el estilo), habrá de transcurrir un largo periodo durante el cual las mujeres tendrán que asumir solas toda la carga. Si no somos capaces de diseñar soluciones para el período de transición, existe el riesgo de que las mujeres permanezcan reacias al

59 Ver de la Fuente, “Situación y desempeño”, en Las Juezas, ed. Bustamante, nota 5 en las págs. 137-38. Ver M. del Rocío Carro et al. “Las Administradoras de justicia en Costa Rica”, en Las Juezas, ed. Bustamante, 143-66 en las págs. 164-66.

60 Susana Bianchi, “Femenino/masculino o acerca de la cultura como campo de tensión”, en Argentina, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 13-23 en la pág. 19.

cambio. Las mujeres latinoamericanas aceptarán con dificultad su propia emancipación si la perciben como un logro que va en contra de sus hijos.

Otra área que requiere investigación es el alcance de la subordinación de la mujer al hombre en las sociedades latinoamericanas y las diferentes formas que toma dicha subordinación. Esta es una labor que no ha sido totalmente desarrollada en el continente. Al respecto, un importante tema de investigación es la reacción del aparato público frente a la discriminación. Contra la mujer, incluyendo las normas legales, la actitud de la justicia y la actitud de la administración.

También se requiere que la investigación encuentre apoyo —fuera de la justificación ética y la existencia de un derecho internacional que prohíba la discriminación— para demostrar que la igualdad efectiva tiene sus ventajas. Un campo muy importante es el desarrollo. En esta casi frenética carrera hacia la modernización, la incorporación de mujeres preparadas, imaginativas y librepensadoras es una necesidad inaplazable. No puede concebirse que un país llegue muy lejos si la mitad de su población trata de mantener a la otra mitad en una situación de parálisis, bien sea porque no está intelectualmente preparada, o bien porque no puede tomar sus propias decisiones sin consultar o solicitar la aprobación de otros. Asumamos que se puede demostrar con datos estadísticos y argumentar que con el fin de incorporar a la mujer es necesario, primero, educarla y, segundo, ofrecerle la compensación que merece, que no tiene por qué consistir en un trabajo aburrido ni pobremente remunerado, ni dos tiempos completos (trabajo fuera y dentro del hogar). Estoy segura de que los políticos, los empresarios y demás estamentos verían con claridad y cederían más rápidamente frente a las demandas de la mujer.

Por razones similares, sería útil poder demostrar que la forma como la sociedad ha sido manejada hasta ahora puede mejorar si se encuentran nuevos enfoques para resolver los conflictos, enfoques que los individuos en una posición subordinada han optado como un instrumento necesario para su propio progreso.

(b) Publicidad y cabildeo

La investigación debe llevar a una acción posterior. Un objetivo primordial de la lucha de la mujer es el cambio de la cultura que comparte la sociedad

en general. Para ello es esencial la presentación de la situación real de la mujer, lo cual puede lograrse con una amplia difusión de la investigación. La investigación también debe convertirse en una base firme para el cabildeo con el fin de lograr cambios en la legislación. En este sentido debe utilizarse en conjunción con todo lo que el derecho internacional sobre derechos humanos ofrece: normas internacionales, precedentes de órganos de derechos humanos internacionales que interpretan y aplican el derecho internacional de derechos humanos y los recursos internacionales. La legitimidad de los derechos humanos hoy en día es tal, que los gobiernos y los legisladores se verán en serios problemas si intentan detener los cambios necesarios para armonizar la ley nacional con la legislación internacional de derechos humanos. Las modificaciones a la legislación nacional podrían introducirse más fácilmente y el derecho serviría entonces para impulsar el cambio cultural.

(c) Educación en derechos humanos

La investigación ayudaría a promover el segundo tipo de propósito necesario para mejorar la posición de la mujer en la sociedad: educación en derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede jugar un papel decisivo para este fin. Su mandato incluye desarrollar una conciencia de los derechos humanos entre los pueblos de América, y las mujeres deben sacar provecho y solicitar a la Comisión que responda por su poca actividad en este aspecto.

Las mujeres y los hombres deben recibir educación en derechos humanos⁶¹. Es relativamente realista asumir que un buen número de personas estarían dispuestas al cambio si pudieran comprender las implicaciones de sus acciones y declaraciones. Los seres humanos son proclives a repetir palabras y actitudes discriminatorias en forma automática y por ende, hacerlos conscientes de las connotaciones negativas que esta repetición tiene para los derechos humanos podría promover un cambio. También es relativamente viable asumir que si un grupo significativo cambia, quienes no cambian tendrán dificultades para continuar como antes. Es claro que si una mayoría sustancial de mujeres cambia, habremos recorrido más de la mitad del camino hacia el éxito.

61 Miguel Murnis, "El feminismo: tarea conjunta de varones y mujeres", en Argentina, ed. Hauzie, Irbalucía y Sanchís, nota 20, 317-40.

La educación en derechos humanos exige un conocimiento muy preciso de las características de quienes recibirán la instrucción. El tema de los derechos humanos toca aspectos íntimos de nuestra individualidad y, por tanto, hay que esperar un rechazo natural por parte del estudiante para abrirse a nuevas formas de enfocar la vida, rechazo que puede ser más fácilmente contrarrestado si se utilizan el lenguaje y los ejemplos adecuados con el fin de transmitir el mensaje. Yo recomendaría muy particularmente la preparación de entrenadores locales, quienes posteriormente desempeñarían la misma labor en sus propios países. Son ellos quienes habrán desarrollado la necesaria sensibilidad para evitar situaciones embarazosas que pueden conducir a que los estudiantes modifiquen su intención real de escuchar y tratar de comprender y sentir. Esta es una labor que requiere tiempo, paciencia y buen juicio, sopena de que los resultados logrados sean precisamente los opuestos a los deseados.

Los grupos para este tipo de educación deben ser seleccionados con miras a aumentar el efecto multiplicador. Evidentemente la comunidad legal debe ser educada en los derechos humanos; los abogados y los jueces tienen que estudiar el derecho internacional de derechos humanos y su desarrollo en otros continentes. Los maestros en la escuela primaria y secundaria son un objetivo inevitable, al igual que los periodistas. La educación informal a nivel de la comunidad también debe iniciarse una secuencia de cursos, unos solamente para mujeres, otros solamente para hombres, y algunos mixtos, puede ser una idea digna de consideración.

Para llegar a todos los grupos objetivo, pero particularmente a aquellos a nivel de la comunidad, debe estudiarse cuidadosamente la metodología adecuada para la enseñanza de los derechos humanos; la metodología es vital para lograr modificar rezagos culturales, y a menudo determina la diferencia entre fracaso y éxito. El lugar y la ocasión en que se enseñen los derechos humanos son especialmente importantes para llegar a los individuos. Con relación a las mujeres, sería interesante explorar la posibilidad de impartir la enseñanza de los derechos humanos no en una clase sino como parte de las actividades que las mujeres deben desempeñar diariamente. En varias regiones de América Latina parece evidente que un gran número de mujeres tiende a militar en "movimientos populares" cuyo propósito primario no es el progreso de la mujer en términos feministas ortodoxos sino la solución de

problemas de supervivencia y de bienestar mínimo, como obtener el sustento, un techo y servicios médicos, o capacitación para adquirir las habilidades necesarias con el fin de hallar empleo. Ejemplos concretos, extractados de las actividades de estos movimientos, servirán para explicar los derechos humanos, desarrollar la “conciencia de género” entre las mujeres, hacerlas comprender que las habilidades que utilizan en el marco limitado de su grupo son las mismas que pueden utilizar fuera del grupo y que, ante todo, no existe una brecha entre el mundo privado y el público y que el conquistar uno facilita la conquista del otro.

VI. Una anotación final

Al inicio del presente capítulo expresé mi convicción de que el objetivo último del derecho sobre derechos humanos es reforzar el derecho nacional tanto como sea posible, dejando el derecho internacional como un instrumento subsidiario para reconocer y proteger los derechos humanos. Luego analicé las posibilidades ofrecidas por el sistema interamericano, tal como existe, para el logro de este objetivo. Es necesario ser conscientes de que éstas son tan sólo posibilidades. Para convertirlas en certezas es necesario superar varios obstáculos entre los cuales uno de los más importantes es el cultural, puesto que en cuanto a la mujer, la comunidad internacional no es ostensiblemente más progresista que las comunidades nacionales. Esto no debe disuadirnos para tratar de lograr cambios en la interpretación. La experiencia en el campo de los derechos humanos demuestra que el camino está sembrado de abrojos, pero que con tesón e ingenio pueden ser minimizados y, quizás, eliminados.

Violencia y jurisprudencia internacional*

Roxana Arroyo y Lola Valladares

Sumario

I. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en materia de violencia sexual. II. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para Ruanda en materia de violencia sexual. III. Jurisprudencia e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IV. Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

I. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en materia de violencia sexual

Los Tribunales de Nuremberg y Tokio conformados para el juzgamiento por crímenes contra la humanidad durante la II Guerra Mundial constituyeron el inicio de la aplicación del principio de responsabilidad penal individual, sin embargo no hicieron pronunciamientos sobre violencia sexual.

La jurista norteamericana, Rhonda Copelon es enfática al decir que “los dos Tribunales Militares Internacionales posteriores a la II Guerra Mundial fallaron en juzgar adecuadamente la violación y la violencia sexual (...) A

* Roxana Arroyo y Lola Valladares, Violencia y jurisprudencia internacional, en <http://www.humanas.cl/publicaciones.asp>

pesar de haber sido establecida como un crimen contra la humanidad en el Consejo Jurídico Local de los Aliados N°10, directrices bajo las cuales fueron juzgados los criminales de guerra Nazis, la violación no constituyó un cargo imputado. En el Tribunal para el Lejano Oriente, las pruebas presentadas sobre las violaciones sexuales fueron parte de las evidencias de los crímenes de lesa humanidad contra Japón, pero el Tribunal ignoró el secuestro de más de doscientas mil adolescentes y mujeres jóvenes de origen no-japonés de los territorios ocupados por japoneses y su traslado a las llamadas “estaciones de solaz”, lo que hoy entendemos como campos de violación. Eufemizadas como “comfort women”, estaban destinadas a seguir a las tropas a los campos de batalla y fueron sujetos de violaciones repetidas y utilizadas como servicio doméstico para las tropas japonesas”¹.

Más recientemente, los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993)² y Ruanda (1994)³ desarrollaron una amplísima jurisprudencia

1 COPELON, Rhonda: Crímenes de Género como Crímenes de Guerra: Integrando los Crímenes contra las Mujeres en el Derecho Penal Internacional. McGill Law Journal, 2000. Traducción: Lorena Fries

2 Yugoslavia surgió como un Estado al final de la Segunda Guerra Mundial. Luego de la muerte del Mariscal Tito en 1980, quien logró consolidar la unión de los territorios de Eslovenia, Croacia, Bosnia Hercegovina, Montenegro, Serbia, Macedonia y las provincias autónomas de Kosovo y Vojvodina, se presentaron antiguas discrepancias étnicas y religiosas entre las distintas repúblicas. El conflicto se agudizó por problemas económicos debidos a la caída del muro de Berlín en 1989 y la posterior disolución del Pacto de Varsovia. A ello se suman las pugnas étnicas internas que derivan en un proceso de escisión del territorio yugoslavo, iniciado con la declaración de independencia por parte de Croacia y Eslovenia, el 25 de junio de 1991. El conflicto se agravó en marzo de 1992, cuando los ciudadanos de Bosnia-Herzegoviana se pronunciaron en un referéndum a favor de su independencia de la República Federal. Esta posición no fue aceptada por el denominado “Parlamento del Pueblo serbio” (constituido por los bosnios de la etnia serbia), que proclama a su vez la independencia de la “República Serbia de Bosnia-Herzegoviana” y propone unirse con todos los serbios de la antigua Yugoslavia para crear la “Gran Patria Serbia”, viejo ideal de este grupo étnico-religioso.

Con este mismo propósito, los serbios (que para abril de 1992 ya habían constituido una nueva República Federal de Yugoslavia, integrada por los territorios de Serbia y Montenegro), iniciaron un proceso de *purificación étnica*, que incluyó ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas de personas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sistemáticas, embarazos y prostitución forzadas de mujeres, etc. Para finales de 1992, habían alrededor de 50,000 muertos y 2 millones de desplazados y refugiados, al mismo tiempo que Serbia ocupaba el 70% del territorio yugoslavo.

3 En Ruanda, entre el 6 de abril y mediados de julio de 1994, se calcula que fueron asesinadas entre

dencia respecto del juzgamiento de los crímenes de guerra y contra la humanidad, habiendo realizado una importante contribución al desarrollo del Derecho Internacional en este campo, especialmente en lo que se refiere a los crímenes relacionados con violencia sexual. El Estatuto de Roma recogió muchos de esos avances y los incluyó entre los elementos de los crímenes. A partir de la constitución de los Tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, y la posterior aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establecen las bases de un sistema penal internacional con órganos jurisdiccionales encargados de investigar y determinar la responsabilidad penal individual por la comisión de graves crímenes contra los Derechos Humanos⁴.

Los Tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda fueron creados por Naciones Unidas, de acuerdo a procedimientos del Derecho Internacional Público, en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad de la ONU. Ambos Tribunales tenían competencia para juzgar a individuos y determinar la responsabilidad individual de los responsables del genocidio y de otras violaciones graves del Derecho Internacional humanitario, que tuvieron lugar en la Ex-Yugoslavia y Rwanda, entre el 1 de enero de 1991 y el 25 de mayo de 1993⁵; y el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994⁶, respectivamente.

500.000 y 1.000.000 de personas. Las principales víctimas pertenecían a la minoría tutsi y hutus moderados, mientras que los extremistas hutus eran los que violaban masivamente los Derechos Humanos en todo el país en forma planificada, organizada y sistemática, mediante una operación que comenzó pocas horas después de que el 6 de abril de 1994, el avión presidencial fuese atacado y Juvénal Habyarimana, Presidente de la República de Ruanda y Cyprien Ntuyamira, Presidente de la República de Burundi murieran.

En un intento por detener el genocidio y derrocar al Gobierno provisional, el Frente Patriótico Ruandés, movimiento insurgente dirigido principalmente por Tutsis, combatió contra las fuerzas militares ruandesas y las milicias conocidas como "Interahamwe" e "Impuzamugambi". Hacia el final de la guerra, a mediados de julio de 1994, había más de 2 millones de ruandeses en los campamentos del antiguo Zaire oriental, Tanzania y Burundi. Muchos miles se convirtieron en desplazados internos en el territorio de Ruanda. El Frente Patriótico Ruandés logró controlar la capital el 4 de julio, detuvo el genocidio e instauró un nuevo Gobierno, el cual procedió a detener y encarcelar a los presuntos responsables de actos de genocidio u otras graves violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional humanitario. Sin embargo, el sistema de administración de justicia ruandés se había vuelto completamente ineficaz y el 80% de su personal, incluidos los jueces y los magistrados, habían sido asesinados.

4 En www.cajpe.org.pe/guias/43/htm

5 www.un.org/icty

6 www.icrc.org

Los Tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia han hecho aportes sustantivos a la tipificación de la violencia sexual, conforme se verá en los extractos de sentencias que se presentan a continuación.

1.1. Caso Tadic

Dusco Tadic, es un serbio-bosnio residente en la República de Bosnia y Herzegovina, miembro de las fuerzas serbo-bosnias que actuaban en el municipio de Prijedor. Fue acusado y declarado culpable por el Tribunal el 7 de mayo de 1997, por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia, en el distrito de Prijedor noroeste de ese país, en 1992.

Tadic no fue condenado por cometer directamente un acto de agresión sexual, sino por su participación en una amplia campaña de terror, generalizada y sistemática, que consistió en golpizas, torturas, agresiones sexuales y otros abusos físicos y psicológicos contra la población no serbia de la región de Prijedor⁷.

La sentencia afirma categóricamente que *“la violación y el abuso sexual pueden considerarse como parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil. No es necesario probar que la violación misma fuera generalizada o sistemática sino que la violación constituía uno o tal vez muchos tipos de crímenes, cuyo espectro se cometía de forma generalizada o sistemática e incluía una campaña de terror por parte del agresor”*⁸.

El documento inculpatario original en el caso Tadic acusaba a éste de haber violado a una mujer detenida, la testigo F. Cuando el juicio se hallaba próximo, la testigo F se retiró y se negó a declarar. La negativa de la testigo F a participar obligó al Fiscal a enmendar el acta de acusación y a retirar los cargos de violación contra Tadic. Así pues, el Tribunal pasó a considerar el marco, más amplio, en que operaba Tadic, un entorno caracterizado en parte por una violencia sexual brutal⁹.

7 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001.

8 Fiscal c. Tadic, acta de acusación, párrafo 2.6

9 Algunos observadores dijeron que la testigo se había retirado porque tenía demasiado miedo de declarar, y muchos consideraron su comportamiento como una prueba de que el Tribunal no brindaba

1.2. Caso Celebici

En 1992, Zejnil Delalic estaba a cargo de la coordinación de las fuerzas militares croatas y musulmanas en una zona de Bosnia conocida como Konjic; también comandó el Primer Grupo Táctico de las fuerzas musulmanas de Bosnia. Sus responsabilidades incluían el ejercicio de autoridad sobre el campo de concentración de Celebici para prisioneros serbios, en el que se cometieron terribles crímenes. Entre las acusaciones estaban las de homicidios de prisioneros, tortura, agresiones sexuales, condiciones inhumanas y confinamiento ilícito con nombre y apellido, atribuidos a órdenes directas de Delalic.

Los encausados fueron Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo. El primero fue declarado inocente y puesto en libertad. Los tres últimos fueron declarados culpables de diversas violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y de violaciones de las leyes y usos de la guerra. Mucic fue declarado culpable de once cargos, en su condición de mando superior por comisión implícita de asesinatos, torturas, actos que causan graves padecimientos o daños y actos inhumanos, por su participación directa en el confinamiento ilícito de civiles en condiciones inhumanas¹⁰.

Hazim Delic fue condenado a 20 años de privación de libertad por crímenes cometidos en el campo de Celebici, pese a que el Fiscal pidió la pena de cadena perpetua. El Fiscal ha recurrido tanto la sentencia como el fallo contra Delic. Mucic, Delic y Landzo también han apelado contra sus condenas.

La Sala de Primera Instancia consideró que Hazim Delic era responsable de haber instaurado en el campo de concentración de Celebici “una atmósfera de terror creada por el asesinato y el abuso de los detenidos, y las condiciones inhumanas de vida pautadas por la insuficiencia de comida, agua, cuidados médicos, y por dormitorios y baños inadecuados. Esto causó en los

suficiente protección a los testigos, en particular a las mujeres supervivientes de agresiones sexuales. Kelly Askin, “Sexual Violence in ICTY and ICTR Indictments and Decisions: The Current Status of Prosecutions Based on Gender-Based Crimes Before the ICTY and ICTR: Developments in the Protection of Women in International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*.

10 Informe anual del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Párrafo 21. En www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/54/ictyugo

detenidos severos daños físicos y psicológicos”. Junto a los delitos contra la humanidad, ambos acusados enfrentan cargos comunes como el robo, ya que además de torturar y asesinar se quedaban con el dinero y los relojes de los detenidos.

El 16 de noviembre de 1998 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia dictó su primer fallo condenatorio de un criminal de guerra bosnio por delitos de agresión sexual, entre otros crímenes de guerra. El Tribunal dictaminó que Hazim Delic, un Bosnio, comandante adjunto del campo de detención de Celebici, era culpable de violar y agredir sexualmente a dos mujeres serbio-bosnias que estaban presas en el campo, en 1992, y lo declaró culpable, entre otras cosas, de una grave violación (tortura) y crímenes de guerra (tortura) por las violaciones¹¹. El Tribunal resolvió también que Zdravko Mucic, un comandante del campo bosnio-croata tenía responsabilidad por ordenar los abusos cometidos contra detenidos en el campo de Celebici, como asesinatos, tortura, agresiones sexuales, golpes y otras formas de trato cruel e inhumano.

La sentencia confirma que la violación y la agresión sexual pueden ser actos de tortura¹²; el Tribunal subrayó que un objetivo prohibido de la tortura es “*por discriminación de cualquier clase, inclusive la discriminación por razones de género*”¹³. Además el Tribunal encontró al comandante del campo responsable de las agresiones sexuales cometidas por sus subordinados; el Tribunal adoptó la amplia y progresista definición de violación expresada por el Tribunal del caso Akayesu e hizo hincapié en que la violación y la agresión sexual producían no sólo un daño físico sino también un daño psicológico.

La Sala de Primera Instancia que falló este caso comprobó que no existe en el Derecho Internacional una definición comúnmente aceptada del término “violación” y reconoció que, si bien “...en ciertas jurisdicciones nacionales la violación se ha definido como el coito sin consentimiento”, de hecho existen diferentes definiciones de las variantes de que puede constar un acto de esta naturaleza. Concluyó diciendo que “...no ve motivo alguno para apartarse de las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el

11 El Fiscal c. Blaskic No. IT-95-14. Sentencia de 3 de marzo de 2000.

12 Este fallo es reconocido por ser la primera vez en la que se reconoce la violación como tortura.

13 El Fiscal c. Delalic y otros No. IT 96-21-a 16 de noviembre de 1997.

caso Akayesu (se verá más adelante), y por consiguiente considera la violación como la invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas...”¹⁴.

El auto de procesamiento imputa a los acusados diversas formas de maltrato en contra de personas detenidas en el campo de prisioneros de Celebici. Estos maltratos, sin resultado de muerte, se definen como constitutivos de los delitos de tortura (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto y violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto, según lo dispuesto en el Artículo 3 N° 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra); de violación como forma de tortura (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto y violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto, según lo dispuesto en el Artículo 3 N° 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra); de infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra c del Estatuto); de tratos inhumanos (infracción grave de las Convenciones de Ginebra penada en el Artículo 2 Letra b del Estatuto); y de tratos crueles (violación de las leyes o costumbres de la guerra penada en el Artículo 3 del Estatuto según lo dispuesto en el Artículo 3 N° 1 Letra a de las Convenciones de Ginebra) (párrafo 440).

(...) La Sala de Primera Instancia considera la violación de cualquier persona como un acto repudiable que atenta contra la esencia misma de la integridad física y la dignidad humana. La condena y sanción de los actos de violación son tanto más urgentes cuando los comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento. La violación causa enormes daños y sufrimientos, tanto físicos como psicológicos. El daño psicológico que sufre una persona violada puede además verse exacerbado por factores sociales y culturales y puede llegar a ser especialmente agudo y perdurable. Cuesta imaginar que una violación cometida o instigada por un agente del estado o por terceros con su beneplácito o consentimiento no constituya, de alguna forma, un acto de castigo, coacción, discriminación o

14 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 16 de noviembre de 1998. Párrafo 479. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual “La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción”. La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 23.

intimidación. A juicio de la Sala, ello es inherente a situaciones de conflicto armado (párrafo 495).

En consecuencia, la violación y otras formas de violencia sexual que cumplan con los criterios anteriormente señalados constituirán el delito de tortura, al igual que cualesquiera otros actos que cumplan con los mismos criterios (párrafo 496).

En lo que hace a la prohibición de la *tortura*, en el caso del campo de detención de Celibici¹⁵ se señaló que en el Derecho Internacional general ésta ha adquirido el carácter de norma de jus cogens, considerando que se configura a través de acciones u omisiones que causen graves dolores o sufrimientos físicos o mentales; —ello, y sin que la lista de motivos pudiese considerarse exhaustiva—, con el objeto de obtener información o una confesión, castigar a la víctima por un acto que ella o un tercero hayan cometido o sean sospechados de haber cometido, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o sobre un tercero, o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo, cuando tales dolores o sufrimientos se inflijan por un oficial público o por una persona que actúe en ejercicio de prerrogativas del poder público, o con su consentimiento o su aquiescencia. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia puntualizó que a su juicio la participación de un oficial público o de personas que actúen en el ejercicio de capacidades oficiales incluye, también, a oficiales de una parte en el conflicto que no sea un Estado.

1.3. Caso Furundzija

Según la acusación enmendada hecha contra Anto Furundzija se determina que el imputado era comandante local de una unidad especial de la policía militar del Consejo de Croacia (HVO), destinado en Vitez, llamada “los bromistas”.

El 10 de diciembre de 1998, fue declarado culpable, de tortura como coautor de la violación de una mujer musulmana bosnia durante el interrogatorio y de complicidad en la violación¹⁶.

15 The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI- 1998.

16 El Fiscal c. Furundzija, caso No. IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998.

Este caso fue el primero que se juzgó exclusivamente por delitos de violencia sexual en un Tribunal internacional, y aporta algunas contribuciones progresistas a la jurisprudencia de la violación como crimen de guerra. El Tribunal confirmó, entre otras cosas, el carácter de crimen de guerra de la violación, en particular en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativos a los conflictos armados que no sean de índole internacional¹⁷; aceptó la definición de violación del caso Akayesu.

La Sala de Primera Instancia cataloga como violación el delito sexual de introducir forzosamente el órgano sexual masculino en la boca. Mantiene que la introducción forzosa del órgano sexual masculino en la boca constituye un atentado humillante y degradante contra la dignidad humana. La esencia del conjunto del Derecho Internacional humanitario y del derecho de los Derechos Humanos consiste en proteger la dignidad humana de toda persona, sin distinción de género. El principio general del respeto por la dignidad humana constituye el sustento básico y, de hecho, la razón de ser misma del Derecho Internacional Humanitario y del derecho de los Derechos Humanos. Dicho principio tiene el sentido de proteger al ser humano de atentados en contra de su dignidad personal, sean éstos cometidos por medio de una agresión delictiva en contra de la integridad física o a través de humillar o ultrajar el honor, el amor propio o el bienestar mental de una persona¹⁸.

Más aún, la Sala es de la opinión de que no se contraponen de manera alguna al principio general de *nullum crimen sine lege* el imputar a un acusado el delito de violación a raíz de un acto de sexo oral forzoso, especialmente cuando en ciertas jurisdicciones nacionales, incluyendo la suya propia, el único delito que le sería imputable respecto de tales actos es el delito sexual. No se trata de penalizar hechos que no eran punibles al momento de ser cometidos, puesto que el sexo oral forzoso es un delito por donde se le quiera mirar, y de hecho un delito extremadamente grave. En efecto, debido a la naturaleza de la competencia de este Tribunal Internacional, el sexo oral forzoso en los casos sometidos a proceso es invariablemente un delito sexual, con el agravante de haber sido cometido en tiempos de guerra contra civiles inermes; por ende no se trata de un simple delito

17 *Idem*. Párrafos 165 a 171.

18 *Idem* párrafo 183.

sexual sino de un delito sexual constitutivo de crimen de guerra o de delito de lesa humanidad¹⁹.

En consecuencia, si a un acusado que ha sido declarado culpable de violación a raíz de un acto de sexo oral forzoso se le sentencia sobre la base material del acto de sexo oral forzoso –y se le sentencie conforme a las prácticas en efecto en la ex-Yugoslavia por este tipo de delitos, según lo previsto en el Artículo 24 del Estatuto y Regla 101 de las Reglas– se desprende que dicho acusado no se verá adversamente afectado por haberse catalogado el acto de sexo oral forzoso como violación y no como simple delito sexual. Su única queja bajo estas circunstancias sería que un violador enfrenta un estigma social mayor que alguien que ha cometido abusos sexuales.

No obstante, se deben tener presentes las observaciones anteriores en el sentido de que el acto de sexo oral forzoso puede ser igualmente humillante y traumático para la víctima que la penetración vaginal o anal. Por ende, la noción de que ser sentenciado por haber cometido una penetración vaginal o anal forzosa conlleva un estigma mayor que ser sentenciado por haber cometido una penetración oral forzosa, es producto de actitudes cuestionables. Más aún, cualquier inquietud en este sentido queda más que compensada por el principio fundamental de proteger la dignidad humana, principio que favorece ampliar la definición del delito de violación.

(...) 186. Según se señala anteriormente, las normas internacionales de procedimiento penal sancionan no sólo la violación sino todos los delitos sexuales, incluso cuando no media penetración. Según parece, la prohibición abarca todos los abusos graves de tipo sexual cometidos contra la integridad física y moral de la persona por medios coercitivos, de amenaza de uso de la fuerza o de actos intimidatorios, de forma que resulta degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Puesto que ambos tipos de hechos están penados en el Derecho Internacional, la distinción entre ellos es más bien de relevancia para fines de determinación de la sentencia²⁰.

Además la Sala afirmó que una de las condiciones de la tortura en los conflictos armados era que, por lo menos, una de las personas asociadas a la

19 *Idem*. Párrafo 184.

20 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 12 de diciembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual “La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción”. La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 22.

sesión de tortura fuera un responsable oficial o actuara como órgano de “cualquier otra entidad investida de poder”, lo que permitiría considerar posibles torturadores a determinados agentes, entre ellos los paramilitares y otras tropas “irregulares” que violaron y agredieron sexualmente a las mujeres en la guerra de la ex Yugoslavia con la aprobación y el apoyo tácitos de diversos militares²¹.

Respecto a la tortura, si bien se comparte la interpretación dada en el caso Celebici, se puntualizó que la prohibición de cometer tortura, tanto en el Derecho Internacional convencional como en el consuetudinario aplicable en los conflictos armados, se dirige a los individuos por lo que este crimen genera responsabilidad penal individual, independientemente de la posición oficial que detente quien lo cometa, y que los actos de tortura son punibles sea como serias violaciones al Derecho Internacional humanitario, graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad, o genocidio.

En cuanto a los elementos del crimen, el Tribunal precisó la necesidad de la intención de cometer tortura y el hecho de que las acciones u omisiones que la configuren estén vinculadas con un conflicto armado. En razón del carácter de *ius cogens* de esta norma, en esta sentencia se puso de relieve que a juicio del Tribunal su prohibición genera para los Estados obligaciones erga omnes; es decir, obligaciones frente a todos los miembros de la comunidad internacional por lo que todos ellos tienen el derecho de reclamar su cumplimiento. Así, en opinión del Tribunal, normas internas tales como leyes de amnistía podrían engendrar la responsabilidad internacional del Estado o podrían ser la base de una acción civil por daños ante un Tribunal extranjero. Más aun, la responsabilidad penal individual por la tortura no se ve afectada por ninguna norma interna, confiriendo jurisdicción penal universal a todos los Estados²².

Lamentablemente, el Tribunal adoptó también algunas decisiones de procedimiento que causan inquietud. En un fallo controvertido el Tribunal pidió, bajo pena de sanción, que se le entregara documentación de un centro de terapia de mujeres de Bosnia sobre el trato psicológico que la testigo A había recibido después de ser objeto de violaciones. Luego de un examen a

21 *Idem*. Párrafo 162.

22 *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Judgment, 10-XII-1998.

puerta cerrada para determinar su pertinencia y decidir si debía comunicarse a las partes, el Tribunal resolvió que se diera a conocer a la defensa y al Fiscal la documentación sobre la terapia²³.

Si bien Furundzija fue condenado y su condena ratificada tras la apelación, las decisiones de procedimiento adoptadas por el Tribunal, relacionadas con la revelación del expediente sobre terapia personal de la testigo A, deben ser motivo de preocupación, en particular por los posibles efectos negativos que pudieran tener en otras mujeres que decidan cooperar con el Tribunal²⁴.

1.4. Caso Foca

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia es el primer organismo de ese nivel que juzgó y sancionó un caso de esclavitud sexual, en el llamado “caso Foca”, que sirvió como un antecedente para la tipificación de esta conducta en el Estatuto de Roma.

Entre abril de 1992 y febrero de 1993, durante el conflicto armado entre bosnios-servios no musulmanes y bosnio-musulmanes en el área de Foca. La población civil no serbia fue asesinada, violada y víctima de violaciones a sus Derechos Humanos. La campaña de “limpieza étnica” estuvo dirigida especialmente contra las mujeres musulmanas no serbias, quienes permanecieron detenidas en apartamentos, moteles, un polideportivo e incluso en un colegio secundario, formaban parte de un extenso plan de limpieza étnica. Las mujeres fueron separadas de los hombres, tras lo cual se inició un régimen brutal de violaciones en grupo, esclavitud sexual y torturas²⁵.

Entre las personas que atestiguaron contra los acusados estuvo una mujer conocida como testigo AS. Tenía 20 años de edad cuando Radomir Kovac la

²³ *Idem*. Párrafo 26.

²⁴ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 30.

²⁵ Según Avril McDonald, experta del Instituto de Derecho Internacional Asser no se trataba de violaciones al azar, sino de un intento sistemático de aterrorizar a la población musulmana para que abandonara la ciudad de Foca. El plan consistía en aterrorizar en suficiente grado a las mujeres, con el fin de que los demás civiles musulmanes abandonaran la ciudad. Los Fiscales dicen que esta estrategia funcionó y que hoy en día ya no quedan casi musulmanes en Foca. En: http://www.rnu.nl/informam/html/act010222_tpicasofoca.html

llevó a un apartamento en Foca. Según la acusación, Kovac la mantuvo prisionera por 4 meses. Durante ese período, la víctima fue violada y maltratada por Kovac y otro hombre. Además, fue obligada a cocinar y hacer limpieza para los soldados que visitaban el apartamento. Junto con ella se encontraban otras mujeres en la vivienda, entre ellas una niña de tan solo 12 años. Una noche, todas fueron obligadas a desnudarse y a bailar sobre una mesa, mientras Kovac las observaba. Finalmente, Kovac entregó la mujer y otras dos compañeras de destino a dos soldados montenegrinos. Posteriormente, ella se enteró de que habían sido vendidas por unos 220 dólares y una carga de detergentes.

Los tres soldados acusados Dragoljub Kunarac, comandante del Ejército serbo-bosnio; Radomir Kovac, Zoran Vukovic, un presunto dirigente paramilitar, tomaron parte activa en el ataque sistemático.

El 22 de febrero del 2001, el Tribunal para la ex-Yugoslavia emitió la sentencia condenando a los tres serbios por su participación en el rapto, tráfico, tortura, violación y esclavitud de mujeres y niñas desde los 12 años, a penas de 28, 20 y 12 años de prisión, respectivamente, por haber instaurado un sistema de violaciones en Foca entre junio de 1992 y febrero de 1993²⁶.

Según la sentencia del caso Foca, emitida el 22 de febrero del 2001 y confirmada el 12 de junio de 2002 por el Tribunal de Apelaciones, se establece que “las formas de penetración sexual forzada infringidas sobre las mujeres con el propósito de interrogar, castigar o ejercer coerción constituyen tortura que el acceso sexual a las mujeres ejercido como el derecho de propiedad constituye una forma de esclavitud bajo los crímenes de lesa humanidad”²⁷.

Siguiendo esa línea jurisprudencial, ese mismo Tribunal, encontró culpables a Kunarac, Kovac y Vukovic por los crímenes de tortura y violación,

26 En: http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html

Para Mabel González: “este es un veredicto que marca un hito, ya que sienta jurisprudencia en el Derecho Internacional y significa que los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres durante los conflictos armados no se considerarán más, como hasta ahora, un “daño colateral” dentro de los horrores de la guerra, un crimen privado del que nadie se hace responsable, sino que los perpetradores de tales acciones saben que podrán ser llevados ante la justicia.” http://www.lainsignia.org/2001/febrero/der_023.htm

27 Viseur-Seller, Patricia: Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, Canada 9-12 Nov, 1997. EGM/GBP/1977.3. 6 de noviembre de 1997.

tipificados como crímenes contra las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y los de tortura, violación y esclavitud, tipificados como crímenes de lesa humanidad. (Viseur-Sellers, 1997).

La Sala de Apelaciones confirmó la sentencia de la Sala de Juicio, fundamentada en las siguientes consideraciones:

Con relación a la **esclavitud**, la Sala de Juicio consideró que la principal característica en este caso fue su ejercicio a través de la explotación sexual de las mujeres y niñas. Todos los controles ejercidos sirvieron a ese propósito. Es decir, las repetidas violaciones de la integridad sexual de las víctimas, a través de la violación y otras formas de violencia sexual, fueron algunos de los ejercicios más obvios de los poderes derivados del derecho de propiedad²⁸. Según la Sala de Apelaciones, para determinar una forma de esclavitud deben tomarse en cuenta los factores o indicios de esclavitud, tales como el “control del movimiento de alguien, el control del ambiente físico, el control psicológico, las medidas tomadas para prevenir el escape, la fuerza, la amenaza, la coerción, la duración, la afirmación de exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y al abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzado”²⁹.

Con relación al **consentimiento en la esclavitud**, la Sala de Apelaciones aceptó que la falta de consentimiento no era un elemento del crimen que el Fiscal debía probar, porque la esclavitud se basa en el ejercicio del derecho de propiedad y consideraron que en tales circunstancias, era imposible expresar el consentimiento, por lo que era suficiente presumir la ausencia de tal³⁰.

Respecto a la violación la Sala de Apelaciones concluyó que el *actus reus* de este crimen, bajo el Derecho Internacional está constituido por la penetración sexual, aunque sea leve, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier objeto utilizado por el perpetrador, o la boca de la víctima por el pene del perpetrador, cuando la penetración sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima. El consentimiento para este propósito deber ser dado voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la víctima, valorado claro está en dicho contexto. Y agregó que el *mens rea* es la

28 Sentencia Sala de Juicio. Párrafo 554. En OBANDO, Ana Elena: La Corte Penal Internacional: posibilidades para las mujeres. http://www.whrnet.org/docs/tema-corte_internacional.html

29 Sentencia Sala de Apelaciones. Párrafo 119.

30 *Idem*. Párrafo 120.

intención para efectuar la penetración sexual así como el conocimiento, que puede ocurrir sin el consentimiento de la víctima³¹.

Los apelantes alegaron que la “resistencia de la víctima debía ser real durante todo la duración del acto sexual, porque de otra forma se podía concluir que ella había consentido”, sin embargo, la Sala de Apelaciones afirmó que la violación a la autonomía sexual debe ser sancionada y que la fuerza, amenaza o coerción anula el consentimiento³².

Sobre este mismo tema, la Sala de Juicio ya había establecido que la persona es violada siempre que sea sometida a un acto que no ha consentido libremente o del cual no ha participado voluntariamente. En la práctica, la ausencia de un consentimiento dado libremente o de una participación voluntaria, podría estar evidenciada por la presencia de varios factores como la fuerza, la amenaza de fuerza, o la ventaja sobre una persona que es incapaz de resistir³³.

La Sala de Apelaciones indicó además que “la fuerza o amenaza es evidencia clara del no-consentimiento, pero que la fuerza no era un elemento *per sé* de la violación, sino que hay otros factores, además de la fuerza, que pueden considerarse como circunstancias coercitivas: la violación en detención por ejemplo³⁴.”

En cuanto a la tortura, la Sala de Apelaciones consideró que está constituida por un acto o una omisión que da lugar a dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, pero no existen otros requisitos específicos que permitan una clasificación exhaustiva o una enumeración de los actos que podrían constituir tortura³⁵. Previamente la Sala de juicio había desechado el argumento de los apelantes que plantearon que el sufrimiento debía ser visible, porque consideraron que algunos actos establecen *per sé* el sufrimiento de las víctimas, y la violación es uno de ellos. La Sala fue mas allá y tuvo por probado el sufrimiento aún sin un certificado médico, estableciendo que la violencia sexual daba lugar a dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Es decir, una vez que se prueba la violación, se tiene por probado

31 *Idem*. Párrafo 127.

32 *Idem*. Párrafos 125 y 126.

33 Sentencia Sala de Juicio: párrafo 387.

34 Sentencia Sala de Apelaciones: párrafo 127.

35 *Idem*. Párrafo 129.

el sufrimiento o dolor severo de la tortura, porque la violación lleva implícito dicho dolor o sufrimiento³⁶.

1.5. Caso Cestic

Ranko Cestic tenía en su contra varios cargos, entre los cuales figura el de “asalto sexual” de dos musulmanes detenidos. El acusado admitió que aproximadamente el 11 de mayo de 1992, el forzó intencionalmente a dos hermanos musulmanes detenidos en el campo Luka a realizar sexo oral entre ellos, en presencia de otros soldados que los miraban y se burlaban³⁷. Además les ordenó que no les dejaran ir, ni interrumpir el acto hasta que el regresara. El Tribunal consideró que este acto es una violación sexual, que cabe entre los crímenes de lesa humanidad. También se trata de un acto humillante y degradante, contrario al derecho humanitario, que atenta contra el integridad física y moral de las víctimas.

Para el Tribunal, la determinación de la gravedad del crimen debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, así como el grado de participación del acusado en el crimen, el número de víctimas, el impacto que el hecho ha causado en los familiares y amigos de las víctimas. En este caso se consideró como un crimen grave, pues el hecho de que se haya obligado a dos hermanos a cometer este acto es humillante y degradante, que por supuesto afectó a la familia de estas dos víctimas, por la actitud inhumana que se evidencian en el comportamiento del acusado; lo que es definido como una circunstancia que agrava la falta.

El Tribunal señala que “*la violación cometida en presencia de otras personas exagera la humillación de las víctimas.*” Agrega, que si bien el trato humillante o degradante no es un elemento constitutivo del crimen de violación sexual, lo es del crimen de trato inhumano y degradante, que es una violación al derecho humanitario. Sin embargo, en este contexto de la violación, la humillación y degradación es inherente al acto, por lo que agrava el delito cometido³⁸.

36 Sentencia de la Sala de Juicio, párrafo 205. En: http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpi_casofoca.html

37 Case IT 95-10/1-s. Prosecutor v. Ranko Cestic. Sentencing Judgment. Trial Chamber I. 11 march 2004. Párrafos 13, 14, 36, 39, 52.

38 *Idem*. Párrafo 53.

1.6. Caso Nikolic³⁹

Dragan Nikolic tenía una posición de poder en el campo de detenidos de Susica. Se le acusa de cometer varios crímenes contra la humanidad; entre ellos:

- El acusado perseguía a musulmanes y otros detenidos no serbios sometiendo a asesinatos, violaciones y torturas; además participó en la creación y mantenimiento de una atmósfera de terror en el campo de detenidos de Susica;
- Ayuda e instigación a la comisión de violación sexual contra mujeres detenidas en el campo de Susica. Aproximadamente entre junio y septiembre de 1992, fueron objeto de violaciones sexuales, y tratos degradantes mediante abuso físico y verbal. Nikolic propiciaba las condiciones para que las mujeres sean sometidas a violaciones y otros abusos sexuales como masturbación forzada. Estos actos fueron cometidos por guardias del campo de detenidos, fuerzas especiales, soldados locales y otros hombres. Algunas testigas señalan que de haber resistido, habrían sido aniquiladas y que todas las mujeres agonizaban todos los días pensando que a la noche serían conducidas fuera de sus celdas para ser violadas.

En este caso, el acusado fue encontrado culpable del crimen de lesa humanidad de violación, asesinato y tortura, y condenado a 23 años de prisión.

II. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para Ruanda en materia de violencia sexual

2.1. Caso Akayesu

Jean Paul Akayesu se desempeñó como bourgo maestro en la comuna de Taba, prefectura de Gitarama, territorio de Rwanda, entre abril de 1993 y junio de 1994. En esa calidad, Akayesu tenía bajo su responsabilidad las fun-

³⁹ Case No. IT-94-2-S. Trial Chamber II, sentencing judgmente. 18 Decembre 2003.

ciones ejecutivas y del mantenimiento del orden público dentro de su comuna, tenía control exclusivo sobre la policía comunal; era responsable de la ejecución de las leyes y de la administración de la justicia, es decir la autoridad más importante de la comuna.

Entre el 7 abril y finales de junio de 1994, en la comuna de Taba, territorio regentado por Akayesu, al menos 2000 Tutsis fueron asesinados. Al haber sido tan masivos los asesinatos en este territorio, obviamente, él debió conocer de ellos; pero nunca procuró prevenir la matanza de Tutsis en la comuna o solicitó la ayuda de autoridades regionales o nacionales para calmar la violencia.

En estas circunstancias muchas de las mujeres fueron además víctimas de violencia sexual cometidas generalmente por más de un asaltante. Estos actos de violencia sexual estaban acompañados generalmente por amenazas explícitas de muerte o de daño corporal. Las mujeres civiles desplazadas vivieron en un contexto de miedo constante y su salud física y psicológica se deterioraron como resultado de la violencia física, psicológica y sexual.

Akayesu sabía que estos actos estaban cometándose, ocasionalmente estaba presente durante su comisión, los facilitó y aún los animó. El Tribunal Penal para Ruanda llegó a la conclusión de que la ayuda no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarlos para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto⁴⁰.

A Jean-Paul Akayesu se le acusó de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de haber tenido conocimiento de la comisión de actos de violencia sexual y haberlos facilitado, permitiendo que se cometieran en los locales de la comuna. También se acusó a Akayesu de hallarse presente en la comisión de delitos de violencia sexual, dando así pábulo a tales delitos⁴¹.

Durante el juicio, varias mujeres Tutsis testificaron haber sido víctimas de violaciones colectivas y reiteradas por parte de las milicias en los locales de la comuna de Taba o en sus inmediaciones, incluso en presencia de Akayesu. Mencionaron haber visto que grupos de hombres violaban y asesinaban

40 Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998.

41 Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párrafo 10A.

a mujeres frente a Akayesu;. En una de estas ocasiones habría dicho a los autores de estos actos: “no me pregunten más a qué sabe una mujer tutsi”. Tanto las víctimas, como los testigos narraron otros actos de violencia sexual como la violación pública, la violación con objetos tales como machetes y palos, la esclavitud sexual, la desnudez forzada y la violación de niñas⁴².

La sentencia dictada en este caso presenta grandes innovaciones y avances en materia de violencia sexual, que además fueron retomados por el Tribunal para la ex Yugoslavia y por, supuesto, para la determinación de los elementos del crimen de violación en el Estatuto de Roma. Entre los aspectos más relevantes de este fallo se pueden señalar:

El Tribunal que juzgó a *Akayesu* contribuyó significativamente a la actual evolución de la jurisprudencia sobre la violación como crimen de guerra al hacer una definición expresa y amplia por la que se equiparaba claramente la violación a otros crímenes de lesa humanidad. En la definición asumida en la causa contra *Akayesu* la violación se reconceptualiza como atentado a la seguridad de la persona de la mujer de que se trate y se desecha el concepto abstracto de virtud y honra de toda la familia o aldea⁴³.

La Sala definió a la violación como: “*una invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas*”⁴⁴.

El Tribunal definió también a la **violencia sexual**, como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos en que no media penetración o incluso contacto físico, como la desnudez forzada.

En el fallo se dice claramente que la Sala considera que la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo⁴⁵. Así, el incidente descrito por la Testigo KK en el cual el acu-

42 El Fiscal c. Akayesu, conclusiones de la acusación, vol. I, 29 de abril de 1998, párrafo 165.

En www.cajpe.org.pe/rij/bases/MECANISM/10447

43 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 38.

44 Sentencia en la causa contra akayesu, párrafos 596 a 598.

45 Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párrafo 10A.

sado ordenó desvestir a una estudiante y obligarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina comunal, en frente de una multitud, constituyere violencia sexual⁴⁶.

El Tribunal determina que, en situaciones de conflicto armado no es necesario que las circunstancias coercitivas se manifiesten por medio de un acto de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de compulsión que hacen presa del miedo o la desesperación también constituyen coerción, la que a su vez puede ser inherente a ciertas circunstancias, tales como los conflictos armados o la presencia de fuerzas militares. Interahawe entre las refugiadas Tutsi en la oficina comunal⁴⁷.

Estas definiciones de la violación y de los actos de agresión sexual asumidas en la caso Akayesu también fueron adoptadas por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en causas como Celebici y Furundzija, anteriormente citadas.

Varios testimonios oídos durante el juicio contra Akayesu demostraron que había una intención de “limpiar” el territorio Ruandés del grupo Tutsi en su totalidad, puesto que incluso mataron a los bebés recién nacidos y a las mujeres embarazadas, incluyendo las del origen del Hutu, considerando que los fetos en sus matrices fueron engendrados por los hombres de Tutsi. Hay que considerar el hecho de que en una sociedad patrilineal como la Rwandesa, los nacidos pertenecen al grupo de origen del padre.

Los testigos OO, PP y KK coinciden en sus testimonios haber conocido que entre los Hutus se decía que si a un hombre del Tutsi embarazó a una mujer Hutu, ésta tendría que ser encontrada para hacer que el feto sea abortado.

En el fallo del Tribunal dictado el 2 de septiembre de 1998, se reconoce por primera vez que los delitos de violencia sexual cometidos en la comuna de Taba y en toda Rwanda constituyeron actos de genocidio. La Sala de Juicio señaló que cuando la violación es utilizada como un método para destruir a un grupo étnico, causándole serios daños corporales o mentales a sus miembros, constituye genocidio. Asimismo señaló que la violación podía ser utilizada como una forma de prevenir nacimientos dentro de un grupo,

46 Sentencia en la causa contra akayesu, párrafo 688.

47 Dictamen del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia del 12 de diciembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual “La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción”. La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 22.

especialmente en sociedades donde la etnia es determinada por la identidad del padre, violar a las mujeres para embarazarlas impediría que tengan un bebé dentro de su propio grupo⁴⁸. Añade: *“La violación y los actos de violencia sexual... constituyen genocidio, lo mismo que cualquier otro acto, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo... La violencia sexual fue parte integrante del proceso de destrucción que tuvo por objetivo específico a las mujeres Tutsis y que contribuyó específicamente a su destrucción y a la destrucción del grupo Tutsi en su conjunto”*⁴⁹.

El Tribunal expresó además que en este caso, la “violencia sexual era un paso en el proceso de la destrucción del grupo Tutsi, destrucción de su espíritu, de la voluntad de vivir y de la vida en sí misma”⁵⁰.

El Tribunal determinó que las medidas previstas para prevenir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas y también mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida prevista para prevenir nacimientos cuando la persona violada rechaza posteriormente procrear, de la misma manera que los miembros de un grupo puedan ser conducidos, con amenazas o trauma, a no procrear⁵¹.

Según la sentencia pronunciada en 1998 por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cuando la violación se utiliza como método de destrucción de un grupo protegido, causando lesiones físicas o mentales graves a sus miembros, esa práctica constituye genocidio. Asimismo, la Sala explicó que la violación podía ser utilizada para impedir los nacimientos en el seno de un grupo. Por ejemplo, en las sociedades donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada de un hijo que no pertenezca a su grupo, es una medida que tiene por objeto impedir los nacimientos dentro del grupo de la madre, por lo que constituye genocidio⁵².

48 Juicio TIPR. Caso No. TIPR-96-4-7. En *www.ictj.org*

49 Sentencia en el caso Akayesu del 2 de septiembre de 1998, párrafo 31.

50 The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, cit., párr 732.

51 *Idem*. Párrafo 508.

52 Dictamen del Tribunal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998. En Fries, Lorena; Herrera, Ana Lucía y Maira, Gloria: Manual “La Corte Penal Internacional y la Justicia de Género: un desafío para la acción”. La Morada. Santiago de Chile, 2003. Pág. 23.

Se destacó también que la violación y la violencia sexual son actos constitutivos de genocidio, además de ser una forma de tortura y un crimen de guerra. Amplió la definición de violación al concebirla como “*una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas*”; es decir que no se limita a la penetración de la vagina por el pene u otro objeto, como en general sucede en muchas de nuestras legislaciones latinoamericanas.

En los párrafos 505 a 508 y 516 de su sentencia, la Sala analiza los elementos del genocidio en relación con la violación sexual, así:

505. La Sala mantiene que la frase “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” debe interpretarse como incluyente de métodos de destrucción por los cuales el acusado no mata en el acto a los integrantes del grupo, pero a través de los cuales, en definitiva, busca su destrucción física.”

506. Para los efectos de interpretar el Artículo 2 N° 2 Letra c) del Estatuto, la Sala es de la opinión de que los medios para “someter intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” se cuentan, entre otros, someter a un grupo de personas a una dieta de subsistencia, expulsarlas sistemáticamente de sus hogares y reducir los servicios médicos básicos a menos del mínimo necesario.

Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo (Párrafo d):

507. Para los efectos de interpretar el Artículo 2 N° 2 Letra d) del Estatuto, la Sala mantiene que se debe entender que entre los medios para impedir nacimientos en el seno del grupo se cuentan la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, el control forzoso de la natalidad, la separación de los sexos y la prohibición del matrimonio.

508. La Sala constata además que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo pueden ser físicas, pero también mentales. Por ejemplo, la violación puede constituir una medida destinada a impedir nacimientos cuando la mujer violada se niega posteriormente a procrear, de la misma forma en que los integrantes de un grupo pueden ser obligados a no procrear por medio de amenazas o traumas.

La Sala de primera instancia declaró a *Akayesu culpable del delito de genocidio y resolvió que “más allá de toda duda razonable, el acusado tenía motivos para saber y, de hecho sabía, de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna o en sus inmediaciones y que de dichas dependencias se trasladaba a las mujeres para violarlas. No hay prueba ninguna de que el acusado adoptara medidas para evitar los actos de violencia sexual. De hecho, la hay de que el acusado ordenó, indujo, ayudó de otras maneras y aprobó la comisión de actos de violencia sexual”*⁵³.

En el caso *Akayesu*, al igual que en del de *elebi i* la violación se identificó específicamente como un acto de tortura cuando es perpetrado por o a instigación de un funcionario público. Al igual que la tortura, la violación se utiliza para intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Al igual que la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad de la persona, y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento; y de hecho se constituye en tortura cuando la comete o la instiga un agente del estado o terceros con su beneplácito o consentimiento⁵⁴.

2.2. Caso Musema⁵⁵

El 27 de enero de 2000, el Tribunal de Rwanda determinó que Alfred Musema, director de la fábrica de té de Gisovu, había atentado personalmente contra personas Tutsis e incitado a sus empleados a agredirlos durante los violentos ataques de abril y mayo de 1994.

También se determinó que Musema había violado a una joven Tutsi llamada Nyiramusugi mientras la sujetaban otros cuatro hombres⁵⁶, luego de lo cual se marchó, mientras los otros cuatro seguían violándola hasta que la dieron por muerta. El Tribunal sostuvo que Musema era personalmente res-

53 *Idem*. Párrafo 52.

54 ICTY, *Prosecutor v. Anton Furundzija*, sentencia 10.12.98. Párr. 163, confirmada por Consejo de Apelaciones el 21.07.2000.

55 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. 23 de enero de 2001. Párrafo 39.

56 *El Fiscal c. Musema*, sentencia ICTR-96-13-I de 27 de enero de 2000, párrafo 907.

ponsable del acto de violación cometido por él mismo y culpable de complicidad en la perpetración de la violación por los demás.

En este caso, al igual que en Akayesu, el Tribunal señaló que los asesinatos y otros actos de agresión física y de daño mental graves, incluida la violación y otras formas de violencia sexual, eran constitutivos de genocidio. Afirmó que la violación y los actos de violencia sexual formaban parte integrante del plan trazado para destruir al grupo Tutsi. Con esos actos se tomaba por blanco a las mujeres Tutsis en particular y de manera específica se contribuía a su destrucción y, por tanto, a la del grupo Tutsi como tal⁵⁷. Es significativo que el Tribunal llegara también a la conclusión de que el acusado sabía de la agresión generalizada y sistemática que se perpetraba contra la población civil. La Sala consideró que la violación de Nyiramasugi por parte del acusado se inscribía en esa agresión generalizada y formaba parte de ella, por lo que declaró a Musema culpable de crimen de lesa humanidad de violación⁵⁸ y fue condenado a cadena perpetua.

III. Jurisprudencia e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En esta jurisdicción también se han emitido pronunciamientos importantes relacionados con violencia sexual. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la violación como tortura en varios casos. En el período comprendido entre los años 1991 y 2000 se identificaron 14 casos ante la Comisión Interamericana relacionados con derechos sexuales y reproductivos; de estos 14 casos admitidos y/o fallados por la Comisión, seis involucran el uso de la violencia sexual como tortura por parte del Estado. Además la Corte se ha pronunciado estableciendo la responsabilidad de los Estados en casos de esterilización forzada y violencia intra familiar.

57 *Idem*. Párrafo 933.

58 *Idem*. Párrafo 966.

3.1. Caso Raquel Martín de Mejía v. Perú⁵⁹

Fernando Mejía Egocheaga y su esposa Raquel Martín vivían en Oxapampa, Departamento de Pasco; él era abogado, periodista y activista político. Raquel Martín de Mejía era maestra y ocupaba el cargo de directora de la escuela de discapacitados de Oxapampa.

En junio de 1989, varios soldados fueron asesinados por Sendero Luminoso en Posuzo, un pueblo cercano a Oxapampa. Días después, aproximadamente 100 efectivos militares pertenecientes al “Batallón Nueve de Diciembre”, con sede en Huancayo, llegaron a Oxapampa en helicóptero con el objeto de conducir operaciones de contrainsurgencia en la región.

La noche del 15 de junio de 1989, un grupo de personas, cuyas caras estaban cubiertas con pasamontañas, portando ametralladoras irrumpieron en la casa de los Mejía y reclamaron ver a Fernando Mejía Egocheaga. Cuando él abrió la puerta, seis individuos vistiendo uniformes militares entraron, uno de ellos lo golpeó con su arma. Luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que se lo subiera a una camioneta amarilla de propiedad del Gobierno. Los hechos descritos fueron presenciados por su esposa, Raquel Martín.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después un grupo de entre seis y diez efectivos militares con sus rostros cubiertos con pasamontañas negras se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. Uno de ellos, quien había estado al mando del operativo, ingresó a la casa, con el objeto de solicitar a Raquel Martín los documentos de identidad de su esposo. Mientras los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva. Luego le mostró una lista conteniendo varios nombres e indicó que estas personas eran miembros del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA). Cuando Raquel Martín se acercó para leerla, el individuo tapó la lista y sólo le permitió ver dos nombres: el de Fernando Mejía y el de Aladino Melgarejo. Ella trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento subversivo alguno. Mientras tanto este sujeto se rociaba con sus perfumes y finalmente la violó.

⁵⁹ INFORME Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5/96. CASO 10.970 v. PERÚ. 1° de marzo de 1996.

Acto seguido, la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo. Este yacía boca abajo en la parte de atrás de la misma camioneta pick-up que había sido utilizada para secuestrar a Fernando Mejía. Finalmente, el individuo que cometió el acto de violación sexual, subió a la camioneta y se marchó. Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía, aparentemente con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a la capital del Perú, Lima al día siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Martín pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso del violador y por la seguridad y la vida de su esposo.

A la mañana siguiente, Raquel Martín fue al Departamento de Policía de Oxapampa para denunciar la desaparición de su marido. El Cabo Carbajal le informó que no podía interponer una denuncia por persona desaparecida hasta que no transcurran cuatro días. El Jefe del Departamento le sugirió que solicitara información en las oficinas de la Policía Republicana. Los oficiales pertenecientes a dicha fuerza le dijeron que fuera a la Biblioteca Municipal donde los miembros del “Batallón Nueve de Diciembre” estaban acantonados desde su arribo a Oxapampa días atrás.

Luego de una búsqueda intensa y de concurrir a varias instancias públicas y privadas, el 18 de junio por la mañana, Raquel Martín se enteró que el cadáver del Profesor Melgarejo había sido encontrado en la margen del Río Santa Clara y que otro cadáver semi-enterrado yacía junto a él. En compañía del juez suplente y el secretario del Tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y descubrió junto al cadáver decapitado de Aladino Melgarejo, el de su esposo, Fernando Mejía; que mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Los resultados de la autopsia confirmaron que Fernando Mejía había sido severamente torturado, que había muerto a causa de un balazo en la cabeza y que la muerte se había producido entre 48 y 72 horas antes.

A esos actos siguió una larga cadena de encubrimiento e impunidad respecto del asesinato de su cónyuge. En tres oportunidades, entre el 28 y 30 de junio de 1989, Raquel Martín recibió llamadas telefónicas anónimas en las que se la amenazaba de muerte si continuaba con la investigación del ho-

micidio de su esposo. Temiendo por su seguridad, en agosto de 1989, Raquel Mejía abandonó su país dirigiéndose primero a Estados Unidos y luego a Suecia donde obtuvo asilo político.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que en la violación sexual de la cual había sido víctima Raquel Martín de Mejía, se habían cumplido los tres elementos constitutivos de la tortura establecidos por la Comisión Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

- 1) Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales. Al respecto la Comisión considera que la violación es abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia
- 2) Cometido con un propósito: Raquel Martín fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla
- 3) Acto perpetrado por un funcionario público o un particular actuando a instigación de aquel. Según se ha concluido, el responsable de las violaciones de Raquel Martín es un miembro de las fuerzas de seguridad.

Se reconoce expresamente los sufrimientos físicos y psicológicos causados por la violación, sus consecuencias a corto y largo plazo para la víctima y los obstáculos que se les presentan a las víctimas para denunciar el acto y que el mismo sea debidamente sancionado. La Comisión concluye que este acto viola el derecho a la integridad personal consagrado en el Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a que se respete su honor y se le reconozca dignidad consagrado en el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, la Comisión caracterizó al abuso sexual en general como “un ultraje deliberado contra la dignidad de la mujer”.

En relación a los reclamos considerados admisibles, la Comisión concluyó:

- a. El Estado Peruano es responsable de la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5) y del derecho a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11) de Raquel Mejía, así como de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de estos derechos consagrados en la Convención (artículo 1.1);

b. El Estado Peruano es responsable de la violación del derecho a un recurso efectivo (artículo 25), del derecho a un debido proceso (artículo 8) y de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de estos derechos consagrados por la Convención (artículo 1.1);

La Comisión en consideración al análisis de los hechos y del derecho realizado acordó:

1. Declarar que el Estado peruano es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, del derecho a la protección de la honra y la dignidad, del derecho a un recurso efectivo y al debido proceso legal que garantizan, respectivamente, los artículos 5, 11, 25 y 8 de la Convención Americana, así como de la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos de acuerdo con el artículo 1.1 de la misma Convención.

2. Recomendar al Estado peruano que realice una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los hechos que motivaron el secuestro, tortura y posterior homicidio de Fernando Mejía, a los efectos de identificar a los responsables y, en su caso, de imponerles las sanciones correspondientes.

3. Recomendar al Estado peruano que efectúe una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los abusos sexuales de los que fue víctima Raquel Mejía, a fin de identificar a sus perpetradores a efecto de que se les impongan las sanciones pertinentes, y proceda a pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

4. Recomendar al Estado peruano que desista del proceso penal promovido contra Raquel Mejía por la presunta comisión del delito de terrorismo por cuanto el mismo no ha garantizado su derecho a un proceso justo.

3.2. Caso Dianna Ortiz v. Guatemala⁶⁰

El 18 de abril de 1990, la Comisión abrió el caso No. 10.526, basándose en las declaraciones presentadas por la peticionaria Dianna Ortiz, una mujer monja quien denunció haber sido secuestrada y torturada por agentes del Gobierno de Guatemala.

⁶⁰ Dianna Ortiz v. Guatemala, Caso 10.526, Informe No. 31/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 332 (1997). INFORME N° 31/96, CASO 10.526, GUATEMALA, 16 de octubre de 1996.

Diana Ortiz fue secuestrada de los jardines de la Posada de Belén en la ciudad de Antigua, el 2 de noviembre de 1989. Luego del secuestro, la Hermana Ortiz fue conducida en un automóvil de la policía con los ojos vendados, hasta un edificio con aspecto de depósito. Ahí la condujeron a un cuarto y la sentaron en una silla. Luego de algunos momentos dos hombres entraron y la Hermana Ortiz reconoció las voces del policía y del primer hombre que la había capturado.

Los hombres le quitaron algunas de sus ropas y comenzaron a tocarla. El hombre que la había abordado por primera vez, dijo: “Dejemos eso para después, primero tenemos que terminar los negocios”. Le dijo que iban a participar en un juego. Que si contestaba de manera satisfactoria para ellos, la dejarían fumar; en cambio, la quemarían con un cigarrillo si sus respuestas no eran de su gusto.

Los hombres le preguntaron su nombre, dónde vivía, en qué trabajaba, y si conocía elementos subversivos. Después de cada pregunta, independientemente de su contestación, la quemaban con un cigarrillo. Le hicieron las mismas preguntas en forma repetida y la quemaron una y otra vez. En cierto momento detuvieron el interrogatorio y le quitaron la venda de los ojos. Le mostraron algunas fotografías de ella tomadas en distintas partes del país y otras de personas indígenas. Insistieron que la Hermana Ortiz era una mujer indígena que aparecía en una fotografía y los indígenas eran elementos subversivos.

Uno de los hombres volvió a colocar la venda a la Hermana Ortiz y alguien la golpeó en la cara con tanta fuerza que cayó al piso. Dos de los hombres la alzaron hasta sentarla y le quitaron el resto de sus ropas. Según sus declaraciones, los hombres la violaron varias veces. Le dijeron que dejarían de hacerlo si ella les decía los nombres de las personas que aparecían en las fotografías y de sus contactos. La Hermana Ortiz se desmayó.

Cuando recuperó el conocimiento, comprobó que la habían atado de las muñecas a un sostén por encima de su cabeza. Le pareció que estaba en un patio. El policía uniformado le volvió a hacer preguntas sobre las personas que aparecían en las fotografías y la violó. Entonces ella sintió que varias personas movían una loza pesada en el piso. La bajaron a un foso lleno de cuerpos y de ratas y volvió a desmayarse. Cuando despertó estaba en el suelo y los hombres habían comenzado a violarla nuevamente.

Más tarde la Hermana Ortiz fue trasladada de nuevo al cuarto, donde se reanudó el interrogatorio. Sus secuestradores la sujetaron contra el piso y la volvieron a violar. Entonces, alguien dijo: “Alejandro, ven y diviértete”. El hombre que acababa de entrar al cuarto contestó con una imprecación en inglés y después comenzó a hablar en español y les dijo a los hombres que la Hermana Ortiz era una ciudadana americana y que la debían dejar en paz. Les anunció que la prensa ya había publicado el caso. Ordenó a los hombres que salieran del cuarto y ayudó a la Hermana Ortiz a vestirse.

“Alejandro” llevó a la Hermana Ortiz fuera del edificio y salió con ella en automóvil de un garaje anexo. Mientras salían, le pidió disculpas varias veces y le dijo que todo había sido un error, que la habían confundido con otra persona. Aunque “Alejandro” continuó hablando en español, entendía lo que la Hermana Ortiz le decía en inglés, y hablaba el español con un acento norteamericano, por lo que ella afirma que el hombre era estadounidense.

Cuando el auto en que iban la Hermana Ortiz y “Alejandro” se detuvo por el tráfico, ella se dio cuenta que estaban en la Ciudad de Guatemala. Saltó del auto y huyó. Corrió hasta que una mujer ofreció llevarla a su casa. Se quedó allí durante varias horas, después logró contactar con miembros de su comunidad religiosa que fueron a buscarla y luego viajó a los Estados Unidos.

En este caso la Comisión consideró que existía una alta probabilidad de que la Hermana Ortiz haya sido violada durante el tiempo en que estuvo detenida. Las declaraciones de la Hermana Ortiz contienen evidencia importante que indica que la violación ocurrió y la violación guardaría relación con la evidencia física que muestra que fue brutalmente torturada, pero establece que no se encuentra en condiciones de afirmar con suficiente certeza la alegación de la violación. Sin embargo, la Comisión ha concluido que la Hermana Ortiz fue objeto de tortura; cualquier violencia sexual o abuso que hubiera ocurrido formaría parte de la tortura.

La Comisión determinó que agentes del Gobierno fueron responsables de las violaciones de derechos de la Hermana Ortiz, quienes actuaban al amparo de su capacidad oficial. Esta conclusión se basa en evidencia que consta en el expediente que indica que un policía uniformado participó en las acciones contra la Hermana Ortiz, y que la Hermana Ortiz fue detenida en una instalación militar. El secuestro y la tortura de la Hermana Ortiz corres-

ponden a una pauta de actividades cometidas por el Gobierno de Guatemala en violación a los Derechos Humanos.

Estableció además que el trato inhumano que sufrió la Hermana Ortiz en manos de agentes del Gobierno corresponde a esta definición de tortura.

Los agentes del Gobierno infligieron sufrimiento físico y mental a Dianna Ortiz, presumiblemente para castigarla e intimidarla por su participación en ciertas actividades y por su asociación con ciertas personas y grupos. La tortura aplicada a Dianna Ortiz se asemeja mucho a la descripción de métodos utilizados para “anular la personalidad de la víctima”. La Hermana Ortiz fue secuestrada de un retiro religioso, separada de su vida de trabajadora religiosa y escondida en un centro de detención en el cual fue torturada. La Hermana Ortiz ha manifestado que la tortura fue una experiencia que destruyó su personalidad y ha explicado que sus consecuencias mentales y sociales le han impedido participar en las actividades cotidianas y reanudar su vida normal.

La comisión concluyó que el Estado de Guatemala es responsable por violaciones de los Derechos Humanos de Dianna Ortiz a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a gozar de protección para la honra y la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de asociación y a la protección judicial, todos consagrados en los artículos 5, 7, 8, 11, 12, 16 y 25 de la Convención Americana y ha omitido cumplir con la obligación establecida en el artículo 1.

La Comisión recomendó al Estado de Guatemala realizar una investigación rápida, imparcial, y efectiva de los hechos denunciados, a los efectos de hacer constar de manera detallada en un relato oficial, debidamente aceptado, los detalles de las circunstancias en que ocurrieron los delitos contra la Hermana Ortiz y la responsabilidad por las violaciones cometidas; tomar las medidas necesarias para someter a un procedimiento judicial competente a las personas responsables de las violaciones en la causa actual; y, reparar las consecuencias de la violación de los derechos enunciados, incluido el pago de una compensación adecuada y justa por los daños causados a la Hermana Ortiz.

3.3. Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México⁶¹

El 4 de junio de 1994 un grupo de militares detuvo en el estado de Chiapas, México, a las hermanas Ana, Beatriz, y Celia González Pérez y su madre Delia Pérez de González para interrogarlas. Las mantuvo privadas de su libertad durante dos horas.

Los peticionarios alegan que durante ese tiempo las tres hermanas fueron separadas de su madre, golpeadas y violadas en reiteradas ocasiones por los militares. El 30 de junio de 1994 se presentó la denuncia al Ministerio Público Federal (Procuraduría General de la República o “PGR”) con base en un examen médico ginecológico. La denuncia fue corroborada ante dicha institución por la declaración de Ana y Beatriz, las dos hermanas mayores. El expediente fue trasladado a la Procuraduría General de Justicia Militar (“PGJM”) en septiembre de 1994. Esta instancia archivó el expediente ante la falta de comparecencia de las hermanas a declarar nuevamente y someterse a pericias ginecológicas. Los peticionarios sostienen que el Estado faltó en sus obligaciones de investigar los hechos denunciados, castigar a los responsables y reparar las violaciones.

La Comisión determinó que: “La violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los Derechos Humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, así como de normas de Derecho Internacional Humanitario. Recuerda además que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer garantiza a toda mujer el derecho a una vida libre de violencia”⁶².

Añade: “En el Derecho Internacional, bajo determinadas circunstancias, la violación constituye además tortura. La CIDH así lo ha afirmado en el caso de una mujer que fue vejada y hostigada por su presunta participación en un grupo armado disidente. La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetró, las

61 INFORME N°53/01, CASO 11.565, ANA, BEATRIZ Y CELIA GONZÁLEZ PÉREZ v. MÉXICO. 4 de abril de 2001. En <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm>

62 *Idem*. Párr. 45 y ss.

víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.”

La Comisión también reconoce la gravedad de los hechos pues una de las mujeres violadas era menor de edad. Además, la violación se produjo mientras las tres mujeres estaban detenidas ilegítimamente, pocos meses después de la rebelión armada del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en medio de un cuadro de hostigamiento a los pobladores considerados “zapatistas” en la zona de influencia de dicho grupo armado disidente.

La CIDH señala que: Ana, Beatriz y Celia González Pérez fueron sometidas sexualmente contra su voluntad en el marco de un interrogatorio ilegal, llevado a cabo por militares en una zona de conflicto armado, en el cual se las acusaba de colaborar con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. La Comisión Interamericana, en el contexto del presente caso y del análisis precedente, también tiene por ciertas las amenazas de muerte y de nuevas torturas que profirieron los agresores al dejarlas en libertad, ya que fueron denunciadas y nunca investigadas con arreglo al debido proceso en México. Por la manera en que las atacaron, las acusaciones que les hicieron, y las graves amenazas, es razonable sostener además que los militares quisieron humillar y castigar a las mujeres por su presunta vinculación a los rebeldes.

La Comisión Interamericana considera que los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas Tzeltales cometidos por los agentes del Estado mexicano constituyen tortura y configuran una violación de la vida privada de las cuatro mujeres y de su familia y un ataque ilegal a su honra o reputación, que las llevó a huir de su comunidad en medio del temor, la vergüenza y humillación.

Según la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, en ciertas circunstancias, la angustia y el sufrimiento impuestos a los familiares directos de las víctimas de violaciones graves de Derechos Humanos configuran adicionalmente una violación del derecho a la integridad personal de aquellos. En el presente caso, la CIDH estima que el trato que se dio a la madre de las víctimas, Delia Pérez de González, quien tuvo que asistir impotente a la vejación de sus tres hijas por integrantes de las fuerzas armadas mexicanas y

luego compartir con ellas el ostracismo de su comunidad, constituye una humillación y degradación violatoria del derecho a la integridad personal que le garantiza la Convención Americana.

La Comisión concluyó que el Estado mexicano violó en perjuicio de la señora Delia Pérez de González y de sus hijas Ana, Beatriz y Celia González Pérez los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana: derecho a la libertad personal (artículo 7); a la integridad personal y a la protección de la honra y de la dignidad (artículos 5 y 11); garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25). Respecto de Celia González Pérez, el artículo 19 de la Declaración de los Derechos del Niño y todos los artículos relacionados con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento internacional. La CIDH establece igualmente que el Estado mexicano es responsable por la violación del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Las cuatro víctimas de este caso eran integrantes de la etnia Tzeltal en México. Al referirse a la situación general de los Derechos Humanos en dicho país, la CIDH recordó al Estado mexicano su obligación de respetar las culturas indígenas, y en particular se refirió al impacto sufrido por tales comunidades en el estado de Chiapas. En el presente caso, la Comisión Interamericana destacó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se agrava por su condición indígena. En primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; y además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos aquí establecidos.

La Comisión hizo las siguientes recomendaciones al Estado Mexicano: investigar de manera completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción penal ordinaria mexicana para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones de Derechos Humanos en perjuicio de Ana, Beatriz y Celia González Pérez y Delia Pérez de González; y, reparar adecuadamente a las víctimas nombradas por las violaciones de los Derechos Humanos.

3.4. Caso María Mamérita Mestanza v. Perú sobre esterilización forzada

En el Perú, se denunció que en el marco del “Programa de Salud Reproductiva Planificación Familiar 1996-2000” llevado a cabo por el Ministerio de

Salud, se presentaron casos de mujeres afectadas por intervenciones quirúrgicas dirigidas a la anticoncepción. Se trata de esterilizaciones quirúrgicas que no contaban con el consentimiento informado de las usuarias. Las víctimas sufrieron presión sistemática por parte de las autoridades de salud, quienes realizaban visitas casa por casa en localidades urbano marginales y rurales, coaccionando y condicionando la toma de decisión libre e informada de las usuarias. Igualmente, existen pruebas abrumadoras sobre la fijación de cuotas de esterilización por parte de las autoridades de salud. La existencia de tales cuotas ha propiciado violaciones a los Derechos Humanos afectando particular y desproporcionadamente a las mujeres más pobres y las que viven en zonas rurales⁶³. Muchas de estas mujeres fueron obligadas por sus parejas que previamente habían sido coaccionadas por personal de salud.

La Defensoría del Pueblo informó que entre 1996 y 1998 se produjeron 217.446 esterilizaciones femeninas⁶⁴. El Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM, logró documentar 243 casos sobre violaciones de Derechos Humanos en la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en Perú⁶⁵.

En junio de 1999, CLADEM Perú presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por un caso de anticoncepción quirúrgica forzosa (AQV) seguida de fallecimiento de la víctima llamada María Mamérita Mestanza Chávez. La denuncia se presenta debido a faltas en el debido proceso judicial peruano.

La demanda se interpone a favor de la señora María Mamérita Mestanza, mujer campesina de aproximadamente 33 años de edad y madre de 7 hijos. Desde 1996 recibió presiones del personal del Centro de Salud del Distrito de La Encañada para que se esterilizara.

Ella y su compañero Jacinto Salazar Suárez sufrieron, distintas formas de hostigamiento. El personal de salud amenazaba con denunciarles ante la policía. Les dijeron que el gobierno había dictado una ley por la cual la persona que tuviera más de cinco hijos debería pagar una multa y serían llevadas a la cárcel.

63 Derechos sexuales y reproductivos en el Perú: un reporte sombra”. Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Nueva York, 1998. Pág. 11.

64 “La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II”. Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe N° 27.

65 http://www.cladem.com/espanol/regionales/litigio_internacional/cas3.asp

Finalmente, bajo coacción la señora Mestanza accedió a que le practicasen una operación de ligadura de trompas. El procedimiento quirúrgico fue realizado el 27 de marzo de 1998 en el Hospital Regional de Cajamarca, sin haberse efectuado previamente ningún examen médico. La señora Mestanza fue dada de alta al día siguiente, 28 de marzo de 1998, aún cuando presentaba vómitos e intensos dolores de cabeza. Durante los días siguientes el señor Jacinto Salazar informó varias veces al personal del Centro de Salud de La Encañada del estado de salud de la señora Mestanza, quien iba empeorando cada día. El personal del Centro de Salud decía que estos eran los efectos post operatorios de la anestesia.

El 5 de abril de 1998, la señora Mestanza falleció en su casa. En el certificado de defunción se deja sentado que la muerte de la señora Mestanza se había producido debido a una “sepsis” como causa directa y bloqueo tubárico bilateral como causa antecedente. Días después, un médico del Centro de Salud ofreció una suma de dinero al señor Jacinto Salazar con el fin de “dar por terminado el problema”.

El 15 de abril de 1998 el señor Jacinto Salazar, denunció ante la Fiscal Provisional Mixta de Baños del Inca, a Martín Ormeño Gutiérrez, Jefe del Centro de Salud de La Encañada, en relación con la muerte de la señora Mestanza. Se le acusa por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de la víctima, en la figura de homicidio culposo.

El 15 de mayo de 1998 la Fiscal Provincial formalizó denuncia penal contra el señor Ormeño Gutiérrez y otras personas, ante la Jueza Provincial de la localidad, quien el 4 de junio de 1998 declaró que no había lugar a la apertura de instrucción. Tal decisión fue confirmada el 1° de julio de 1998 por la Sala Especializada en lo Penal, en virtud de lo cual, el 16 de diciembre de 1998, la Fiscal Provincial ordenó el archivo definitivo del caso.

Una vez agotados los recursos internos, la demanda fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la medida en que el Estado Peruano es signatario de las mas importantes Convenciones de Derechos Humanos El 3 de octubre del 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington, D.C, declaró admisible la demanda y dispuso que se continuara con el proceso.

El 26 de Agosto de 2003, se firmó un acuerdo de solución amistosa, en el cual el Estado peruano reconoció su responsabilidad por las violaciones

de los Derechos Humanos de Mamérita Mestanza y se comprometió a adoptar medidas de reparación material y moral por el daño sufrido; impulsar una exhaustiva investigación, tendiente a la sanción de los responsables en el fuero común; adoptar medidas de prevención para evitar que se repitan hechos similares en el futuro; y pagar a la familia de Mamérita Mestanza la suma de U.S. \$ 109,000, como indemnización por el daño causado.

3.5. Caso Maria da Penha Maia Fernandes⁶⁶: responsabilidad del Estado en la violencia intrafamiliar

El 20 de agosto de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por la señora Maria da Penha Maia Fernández. En calidad de peticionarios, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) demandan a la República Federativa de Brasil. El Estado Brasileño es acusado de no haber tomado medidas adecuadas en un caso de violencia domestica contra la señora Maria da Penha Maia Fernández de profesión farmacéutica.

Los hechos de violencia fueron perpetrados en el domicilio de la victima en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial. En el proceso, se registra una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Maria da Penha, como producto de esas agresiones tuvo que ser sometida a innumerables operaciones. Como resultado, sufre de paraplejia irreversible desde el año 1983.

Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado, por más de quince años, medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denuncia la violación de los siguientes artículos: 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana

66 INFORME N° 54/01: CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES BRASIL 16 de abril de 2001. En <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/Capitulo///Fondo/Brasil12.051.htm>

de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración”). También se denuncia la violación de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Según los peticionarios, el señor Heredia Viveiros tenía un temperamento agresivo y violento, agredía a su esposa y a sus tres hijas durante su relación matrimonial, situación que llegó a ser insoportable como suele suceder en los casos de violencia doméstica, la Sra. María da Penha Maia Fernandes no se atrevía a tomar la iniciativa de separarse por temor de sufrir nuevas agresiones.

El señor Heredia Viveiros, trató de encubrir las agresiones denunciándolas como una tentativa de robo por parte de ladrones que se habrían fugado. Dos semanas después de que la señora Fernandes regresó del hospital y estando en recuperación por la agresión homicida del 29 de mayo de 1983, sufrió un segundo atentado contra su vida por parte del señor Heredia Viveiros, quien habría tratado de electrocutarla mientras ella se bañaba. En este punto decidió la víctima separarse judicialmente de él.

Aseguran que el señor Heredia Viveiros actuó premeditadamente, ya que semanas antes de la agresión intentó convencer a su esposa de hacer un seguro de vida a favor de él, y cinco días antes de agredirla trató de obligarla a firmar un documento en donde vendía el automóvil, propiedad de ella, sin que constara el nombre del comprador. Indican que la señora Fernandes posteriormente se enteró de que el señor Viveiros poseía un historial delictivo, que era bígamo y tenía un hijo en Colombia, datos que él le había ocultado.

Añaden que debido a la paraplejía resultante, la víctima debe ser sometida a múltiples tratamientos físicos de recuperación, además de experimentar un severo estado de dependencia que la hace requerir de la ayuda constante de enfermeros para movilizarse. Estos gastos permanentes en medicamentos y fisioterapeutas son costosos y la señora Maria da Penha no recibe ayuda financiera por parte de su ex-esposo. Tampoco él cumple con los pagos alimentarios prescritos en el juicio de separación.

Durante el proceso penal se ha comprobado que el señor Heredia Viveiros es el responsable del atentado contra la Sra. Maria da Penha. Sobre esta base, el Ministerio Público presentó su denuncia contra el Sr. Heredia

Viveros el 28 de septiembre de 1984, como Acción Penal Pública ante la 1a. *Vara de Juri* de Fortaleza, Estado de Ceara.

Los peticionarios señalan que a pesar de la contundencia de la acusación y pruebas, el caso tardó ocho años en llegar a decisión de *Juri*. El 4 de mayo de 1991 dictó sentencia condenatoria en contra del señor Viveiros, aplicándole por su grado de culpabilidad en la agresión y tentativa de homicidio, quince años de prisión reducidos a diez años por no constar condenas anteriores.

Ese mismo día, 4 de mayo de 1991, la defensa presentó un recurso de apelación contra la decisión del *Juri*. Este recurso, según el artículo 479 del Código Procesal Penal brasileño, era extemporáneo, pues sólo podía ser formulado durante la tramitación del juicio mas no con posterioridad. Transcurrieron otros tres años hasta que recién el 4 de mayo de 1995, el Tribunal de Alzada falló sobre la apelación. En ese fallo aceptó el alegato presentado extemporáneamente y basándose en el argumento de la defensa de que hubo vicios en la formulación de preguntas al jurado anuló la decisión del *Juri*.

Dos años después de la anulación de la condena dictada por el primer *Juri*, el 15 de marzo de 1996 se llevó a cabo un segundo juicio por *Juri* en el que el señor Viveiros fue condenado a diez años y seis meses de prisión. Pero nuevamente el Tribunal aceptó una segunda apelación de la defensa, en que se alegaba que el reo fue juzgado ignorando las pruebas de autos. Desde el 22 de abril de 1997, el proceso se encuentra esperando la decisión del recurso en segunda instancia ante el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará y hasta la fecha de la presentación de la petición ante la Comisión, la apelación no se había resuelto.

A la fecha de la petición, la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el ex-esposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra. De esta manera, el Poder Judicial de Ceará y el Estado brasileño han actuado de manera ineficiente omitiendo conducir el proceso judicial de manera rápida y eficaz. Además, la prescripción punitiva en este caso ocurre al cumplirse los 20 años del hecho, fecha que se está acercando. Se trata entonces, de un claro caso de impunidad por denegación de justicia, en la medida en que la acción del Estado brasileño debía haber tenido por objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas por Maria de la Penha, garantizándole un proceso justo en un plazo razonable.

Los peticionarios sostienen que esta denuncia no representa una situación aislada en Brasil. El caso llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es ejemplo de un patrón de impunidad en los casos de violencia doméstica contra mujeres en ese país. La mayoría de las denuncias no llegan a convertirse en procesos criminales y de los pocos que llegan a proceso, sólo en una minoría se condena a los perpetradores.

El Estado demandado, no ha tomado medidas efectivas de prevención y sanción legal contra la violencia doméstica en Brasil a pesar de su obligación internacional de prevenirla y sancionarla y erradicarla. El Estado de Brasil, según sus compromisos internacionales debería actuar preventivamente para disminuir el índice de violencia doméstica, además de investigar, procesar y castigar a los agresores dentro de un plazo considerado como razonable conforme a las obligaciones asumidas internacionalmente en la protección de los Derechos Humanos. En el caso de la señora Fernandes, el Gobierno brasileño debería haber procedido teniendo como objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas y garantizarle un proceso justo contra el agresor dentro de un plazo razonable.

Los peticionarios consideran que en su demanda esta ampliamente demostrado el hecho de que los recursos internos no han sido efectivos para reparar las violaciones a los Derechos Humanos sufridas por Maria da Penha Maia Fernandes;

Luego de considerar que esta petición era admisible, el 19 de octubre de 1998, la Comisión trasladó la petición al Estado y le solicitó información al respecto. El Estado Brasileño, no se pronunció, por lo que el 2 de agosto de 1999, los peticionarios solicitaron la aplicación del artículo 42 del Reglamento de la Comisión con el propósito de que se presuman verdaderos los hechos relatados en la denuncia, en vista de que habían pasado más de 250 días desde el traslado de la petición a Brasil y éste no había presentado sus observaciones en el presente caso.

Derecho a la protección judicial: En el presente caso no se ha llegado a producir una sentencia definitiva por los Tribunales brasileños después de diecisiete años, y ese retardo está acercando la posibilidad de impunidad definitiva por prescripción, con la consiguiente imposibilidad de resarcimiento que de todas maneras sería tardía. La Comisión considera que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omi-

sión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito. Demuestran que el Estado no ha sido capaz de organizar su estructura para garantizar esos derechos. Todo ello es una violación independiente de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1) de la misma, y los correspondientes de la Declaración.

Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará: La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los Tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

En este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos.

Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado de Brasil las siguientes conclusiones: que tiene competencia para conocer de este caso, que Brasil es responsable de la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que el Estado ha tomado algunas medidas destinadas a reducir el alcance de la violencia doméstica y la tolerancia estatal de la misma, aunque dichas medidas no han aún conseguido reducir significativamente el patrón de tolerancia estatal, en particular a raíz de la ineffectividad de la acción policial y judicial en el Brasil, respecto a la violencia contra la mujer.

3.6. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: reporte de Situación de Derechos Humanos de Haití (1995)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Reporte de Situación de Derechos Humanos de Haití⁶⁷, publicado en 1995, determinó como formas de “‘tortura sexual’ los golpes en los senos y estómago, frecuentemente dirigidos contra mujeres embarazadas con el objetivo de provocar el aborto o afectar su capacidad reproductora, así como la introducción de objetos en la vagina”. Consideró que “las violaciones sexuales constituyen, no solo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además como una forma de tortura, según el Art. 5.2 del mismo instrumento”. Señaló

⁶⁷ Inter-American Commission of Human Rights. Report on the situation of Human Rights in Haiti. MRE/RES: 6:94.

además que “la utilización de las violaciones sexuales como arma de terror constituyen un crimen contra la humanidad bajo el Derecho Internacional Consuetudinario”. La Comisión planteó la necesidad de reconocer la violencia sexual como una grave violación de los Derechos Humanos.

El Informe da cuenta de la compleja situación de violación a los derechos humanos que se registraba en Haití. En general, los responsables pertenecían a las Fuerzas Armadas, quienes a su vez pertenecían a la Policía. Además la corrupción en el Sistema Judicial, no garantizaba acceso a la justicia. En este contexto de impunidad y uso de poder, las mujeres no denunciaron la violación a sus derechos humanos por miedo a las represalias, y por el estigma y la vergüenza que significa para las mujeres, ser víctimas de violencia sexual. Estas prácticas afectaron a mujeres de diferentes edades y condiciones, como consecuencia de sus actividades políticas o vínculos familiares o personales.

IV. Jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha determinado que la violación sexual puede constituir tortura, así se pronunció en el **Caso Aydin vs. Turquía**.

Aydin era una joven de diecisiete años, vivía con sus padres en una aldea en Turquía suroriental, de la cual ella nunca había salido. En 1985 se presentaron serios disturbios en esa parte del país entre las fuerzas de la seguridad y los miembros del Partido separatista Kurdo. Turquía denunció que a causa de esta situación habían muerto más de 4.000 civiles aproximadamente y un número similar de miembros de las fuerzas de seguridad.

En junio de 1993, llegaron a la aldea de Aydin 29 Guardias y un Gendarme, cuatro de los cuales fueron a su hogar. Preguntaron a su familia sobre visitas recientes en las casas de los representantes de los separatistas. La familia fue amenazada, insultada, su padre y cuñada fueron llevados a la plaza de la aldea junto con otros aldeanos que también habían sido sacados por la fuerza de sus hogares. El padre y la cuñada de Aydin fueron llevados a la jefatura de la gendarmería de la ciudad vecina.

Cuando Aydin fue a reclamar por sus familiares, unos guardias la llevaron a un cuarto, la desnudaron y la pusieron en un neumático de carro y le hicieron girar. Luego le golpearon, le lanzaron agua fría a alta presión, le volvieron a vestir y con los ojos vendados fue conducida a un cuarto de interrogatorios, donde un individuo vestido de militar le arrancó las ropas y la violó. Ella tenía severos dolores y estaba cubierta de sangre. Entonces le ordenaron vestirse y fue conducida nuevamente al cuarto de interrogatorios, donde fue golpeada por alrededor de una hora. Le advirtieron que no divulgara lo que él militar le había hecho.

Cerca del 2 de julio Aydin, su padre y cuñada fueron llevados por las Fuerzas de la Seguridad a las montañas y se les preguntó sobre la localización de los separatistas. Posteriormente fueron dejados en libertad por separado y Aydin se las arregló para volver a su aldea.

El 8 de julio Aydin, su padre y cuñada fueron a la oficina del Fiscal a presentar quejas por la forma como habían sido tratados durante la detención. Aydin alegó haber sido torturada, golpeada y violada. Su padre y cuñada denunciaron haber sido torturados. Los tres fueron enviados a un doctor, que no había tratado previamente casos de la violación. El Fiscal le solicitó establecer las marcas físicas de la violación y de lesión física. El médico indicó que el himen de Aydin presentaba desgarros y que había contusión extensa alrededor de los interiores de sus muslos, aunque no podía determinar cuando se habían producido los desgarros. Él también informó haber encontrado heridas en los cuerpos del padre de Aydin y su cuñada.

El Fiscal envió a Aydin a otro hospital para establecer si su himen había sido desgarrado y el lapso de tiempo transcurrido desde tal circunstancia. Un ginecólogo reportó que la desfloración se había producido hace más que una semana antes de su examen, pero no había comentario sobre la contusión en los muslos internos.

El 12 de agosto el Fiscal tomó otra declaración de Aydin, que para entonces estaba casada, y la refirió a otro hospital para que le hagan nuevos exámenes. El informe de este último examen confirmó los resultados del segundo médico.

Mientras tanto, el Fiscal había consultado a las jefaturas de la gendarmería si Aydin, su padre y cuñada habían sido llevados en custodia allí y el comandante había contestado el 14 de julio que no tenían información. Luego hizo varias consultas adicionales, con el mismo resultado negativo.

La investigación continuó por algún tiempo sin mayores resultados. En mayo de 1995 otro Fiscal tomó una declaración del Comandante de la Gendarmería de la ciudad en 1993 quién admitió a la pérdida de la memoria como resultado de un accidente de camino pero indicó que él no tenía ningún recuerdo de ningún incidente de la violación o de la tortura y negó cualquier implicación⁶⁸.

Finalmente el caso llegó a conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, la misma que en sentencia pronunciada en Estrasburgo el 25 de septiembre de 1997, sostuvo que la Sra. Aydin había sido sometida a torturas, violada y maltratada mientras estaba detenida por las fuerzas de seguridad turcas, en contra del artículo 3 del Convenio.

En ese caso, el Tribunal consideró que la violación de una detenida por un funcionario del Estado era una forma especialmente grave y aborrecible de malos tratos, de carácter tan grave como para constituir tortura. Además, el Tribunal sostuvo que las autoridades Turcas no habían llevado a cabo una investigación completa y eficaz de la denuncia de Aydin que no existían remedios eficaces para resolver su denuncia⁶⁹.

La Corte determinó que la violación puede constituir tortura y expresó: (...)La violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental.”

La Corte concluyó que la acumulación de actos de violencia física y mental cometidos en contra de la recurrente, y el acto especialmente cruel de violación a que se vio sometida, son constitutivos del delito de tortura penado en el Artículo 3 de la Convención. Cabe señalar que la Corte habría llegado a igual conclusión sobre la base de cualquiera de las dos causales por separado⁷⁰.

68 <http://www.worldlii.org/int/cases/IIHRL/1997/111.html>. Traducción de Lola Valladares.

69 <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a193f67c546ae776c1256b730057a340?Opendocument>

70 Corte Europea de Derechos Humanos: Aydin v. Turquía. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 83, 86.

Instrumentos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas

Declaración del Milenio*

**La Asamblea General
Aprueba la siguiente Declaración:**

Declaración del Milenio

I. Valores y principios

- 1 Nosotros, Jefes de Estado y de Gobierno, nos hemos reunido en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 6 al 8 de septiembre de 2000, en los albores de un nuevo milenio, para reafirmar nuestra fe en la Organización y su Carta como cimientos indispensables de un mundo más pacífico, más próspero y más justo.
- 2 Reconocemos que, además de las responsabilidades que todos tenemos respecto de nuestras sociedades, nos incumbe la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial. En nuestra calidad de dirigentes, tenemos, pues, un deber que cumplir respecto de todos los habitantes del

* Resolución aprobada en el marco del quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, 13 septiembre 2000.

- planeta, en especial los más vulnerables y, en particular, los niños del mundo, a los que pertenece el futuro.
- 3 Reafirmamos nuestra adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, que han demostrado ser intemporales y universales. A decir verdad, su pertinencia y su capacidad como fuente de inspiración han ido en aumento conforme se han multiplicado los vínculos y se ha consolidado la interdependencia entre las naciones y los pueblos.
 - 4 Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Reafirmamos nuestra determinación de apoyar todos los esfuerzos encaminados a hacer respetar la igualdad soberana de todos los Estados, el respeto de su integridad territorial e independencia política; la solución de los conflictos por medios pacíficos y en consonancia con los principios de la justicia y del derecho internacional; el derecho de libre determinación de los pueblos que siguen sometidos a la dominación colonial y la ocupación extranjera; la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión, y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario.
 - 5 Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías.

6 Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:

La libertad. Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular.

La igualdad. No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.

La solidaridad. Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados.

La tolerancia. Los seres humanos se deben respetar mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas. No se deben temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades ni entre éstas; antes bien, deben apreciarse como preciados bienes de la humanidad. Se debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones.

El respeto de la naturaleza. Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inconmensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes.

Responsabilidad común. La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto.

- 7 Para plasmar en acciones estos valores comunes, hemos formulado una serie de objetivos clave a los que atribuimos especial importancia.

II. La paz, la seguridad y el desarme

- 1 No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros pueblos del flagelo de la guerra —ya sea dentro de los Estados o entre éstos—, que, en el último decenio, ha cobrado más de cinco millones de vidas. También procuraremos eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa.

9. Por todo lo anterior, decidimos:

Consolidar el respeto del imperio de la ley en los asuntos internacionales y nacionales y, en particular, velar por que los Estados Miembros cumplan las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, en los litigios en que sean partes.

Aumentar la eficacia de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, dotando a la Organización de los recursos y los instrumentos que necesitan en sus tareas de prevención de conflictos, resolución pacífica de controversias, mantenimiento de la paz, consolidación de la paz y reconstrucción después de los conflictos. En este sentido, tomamos nota del informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas¹, y pedimos a la Asamblea General que examine cuanto antes sus recomendaciones.

Fortalecer la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, de conformidad con las disposiciones del Capítulo VIII de la Carta.

Velar por que los Estados Partes apliquen los tratados sobre cuestiones tales como el control de armamentos y el desarme, el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos, y pedir a todos los Estados

¹ A/55/3056S/2000/809; véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, quincuagésimo quinto año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 2000*, documento S/2000/809.2 A/CONF.183/9.

que consideren la posibilidad de suscribir y ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y adherirnos cuanto antes a todas las convenciones internacionales pertinentes.

Redoblar nuestros esfuerzos para poner en práctica nuestro compromiso de luchar contra el problema mundial de la droga.

Intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero.

Reducir al mínimo las consecuencias negativas que las sanciones económicas impuestas por las Naciones Unidas pueden tener en las poblaciones inocentes, someter los regímenes de sanciones a exámenes periódicos y eliminar las consecuencias adversas de las sanciones sobre terceros.

Esforzarnos por eliminar las armas de destrucción en masa, en particular las armas nucleares, y mantener abiertas todas las opciones para alcanzar esa meta, incluida la posibilidad de convocar una conferencia internacional para determinar formas adecuadas de eliminar los peligros nucleares.

Adoptar medidas concertadas para poner fin al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras, en particular dando mayor transparencia a las transferencias de armas y respaldando medidas de desarme regional, teniendo en cuenta todas las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras.

Pedir a todos los Estados que consideren la posibilidad de adherirse a la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción², así como al Protocolo enmendado relativo a las minas de la Convención sobre armas convencionales³.

10. Instamos a los Estados Miembros a que observen la Tregua Olímpica, individual y colectivamente, ahora y en el futuro, y a que respalden al Comité Olímpico Internacional en su labor de promover la paz y el entendimiento humano mediante el deporte y el ideal olímpico.

2 Véase CD/1478.

3 Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos [CCW/CONF.I/16 (Part I), anexo B].

III. El desarrollo y la erradicación de la pobreza

- 1 No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.
- 2 Resolvemos, en consecuencia, crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza.
- 3 El logro de esos objetivos depende, entre otras cosas, de la buena gestión de los asuntos públicos en cada país. Depende también de la buena gestión de los asuntos públicos en el plano internacional y de la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales. Propugnamos un sistema comercial y financiero multilateral abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio.
- 4 Nos preocupan los obstáculos a que se enfrentan los países en desarrollo para movilizar los recursos necesarios para financiar su desarrollo sostenible. Haremos, por consiguiente, todo cuanto esté a nuestro alcance para que tenga éxito la Reunión intergubernamental de alto nivel sobre la financiación del desarrollo que se celebrará en 2001.
- 5 Decidimos, asimismo, atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. En este contexto, nos felicitamos de la convocación de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, que se celebrará en mayo de 2001, y donde haremos todo lo posible por lograr resultados positivos. Pedimos a los países industrializados:

que adopten, preferiblemente antes de que se celebre esa Conferencia, una política de acceso libre de derechos y cupos respecto de virtualmente todas las exportaciones de los países menos adelantados;

que apliquen sin más demora el programa mejorado de alivio de la deuda de los países pobres muy endeudados y que convengan en cancelar todas las deudas bilaterales oficiales de esos países a cambio de que éstos demuestren su firme determinación de reducir la pobreza; y

que concedan una asistencia para el desarrollo más generosa, especialmente a los países que se están esforzando genuinamente por destinar sus recursos a reducir la pobreza.

- 1 Estamos decididos, asimismo, a abordar de manera global y eficaz los problemas de la deuda de los países de ingresos bajos y medios adoptando diversas medidas en los planos nacional e internacional para que su deuda sea sostenible a largo plazo.
- 2 Resolvemos asimismo atender las necesidades especiales de los pequeños Estados insulares en desarrollo poniendo en práctica rápida y cabalmente el Programa de Acción de Barbados⁴ y las conclusiones a que llegó la Asamblea General en su vigésimo segundo período extraordinario de sesiones. Instamos a la comunidad internacional a que vele por que, cuando se prepare un índice de vulnerabilidad, se tengan en cuenta las necesidades especiales de los pequeños Estados insulares en desarrollo.
- 3 Reconocemos las necesidades y los problemas especiales de los países en desarrollo sin litoral, por lo que pedimos encarecidamente a los donantes bilaterales y multilaterales que aumenten su asistencia financiera y técnica a ese grupo de países para satisfacer sus necesidades especiales de desarrollo y ayudarlos a superar los obstáculos de su geografía, mejorando sus sistemas de transporte en tránsito.

19. Decidimos, asimismo:

Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre; igualmente, para esa misma fecha, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo.

Velar por que, para ese mismo año, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y por que tanto

⁴ Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo [*Informe de la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, Bridgetown (Barbados), 25 de abril a 6 de mayo de 1994* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.94.I.18 y corrección), cap. I, resolución 1, anexo II].

las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza.

Haber reducido, para ese mismo año, la mortalidad materna en tres cuartas partes y la mortalidad de los niños menores de 5 años en dos terceras partes respecto de sus tasas actuales.

Para entonces, haber detenido y comenzado a reducir la propagación del VIH/SIDA, el flagelo del paludismo y otras enfermedades graves que afligen a la humanidad.

Prestar especial asistencia a los niños huérfanos por causa del VIH/SIDA.

Para el año 2020, haber mejorado considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios, como se propone en la iniciativa “Ciudades sin barrios de tugurios”.

20. Decidimos también:

Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible.

Elaborar y aplicar estrategias que proporcionen a los jóvenes de todo el mundo la posibilidad real de encontrar un trabajo digno y productivo.

Alentar a la industria farmacéutica a que aumente la disponibilidad de los medicamentos esenciales y los ponga al alcance de todas las personas de los países en desarrollo que los necesiten.

Establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza.

Velar por que todos puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, conforme a las recomendaciones formuladas en la Declaración Ministerial 2000 del Consejo Económico y Social⁵.

⁵ E/2000/L.9.

IV. Protección de nuestro entorno común

- 1 No debemos escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos, de la amenaza de vivir en un planeta irremediablemente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades.
- 2 Reafirmamos nuestro apoyo a los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 21⁶, convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

23. Decidimos, por consiguiente, adoptar una nueva ética de conservación y resguardo en todas nuestras actividades relacionadas con el medio ambiente y, como primer paso en ese sentido, convenimos en lo siguiente:

Hacer todo lo posible por que el Protocolo de Kyoto entre en vigor, de ser posible antes del décimo aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el año 2002, e iniciar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Intensificar nuestros esfuerzos colectivos en pro de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.

Insistir en que se apliquen cabalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁷ y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África⁸.

Poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

6 *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II.

7 Véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (Centro de Actividades del Programa de Derecho e Instituciones Relacionados con el Medio Ambiente), junio de 1992.

8 A/49/84/Add.2, anexo, apéndice II.

Intensificar la cooperación con miras a reducir el número y los efectos de los desastres naturales y de los desastres provocados por el hombre.

Garantizar el libre acceso a la información sobre la secuencia del genoma humano.

V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno

- 1 No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo.

25. Decidimos, por tanto:

Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹.

Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países.

Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.

Luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁰.

Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades.

Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países.

9 Resolución 217 A (III).

10 Resolución 34/180, anexo.

Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

VI. Protección de las personas vulnerables

26. No escatimaremos esfuerzos para lograr que los niños y todas las poblaciones civiles que sufren de manera desproporcionada las consecuencias de los desastres naturales, el genocidio, los conflictos armados y otras situaciones de emergencia humanitaria reciban toda la asistencia y la protección que necesiten para reanudar cuanto antes una vida normal.

Decidimos, por consiguiente:

Ampliar y reforzar la protección de los civiles en situaciones de emergencia complejas, de conformidad con el derecho internacional humanitario.

Fortalecer la cooperación internacional, incluso compartiendo la carga que recae en los países que reciben refugiados y coordinando la asistencia humanitaria prestada a esos países; y ayudar a todos los refugiados y personas desplazadas a regresar voluntariamente a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad, y a reintegrarse sin tropiezos en sus respectivas sociedades.

Alentar la ratificación y la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹ y sus protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹².

11 Resolución 44/25, anexo.

12 Resolución 54/263, anexos I y II.

VII. Atención a las necesidades especiales de África

- 1 Apoyaremos la consolidación de la democracia en África y ayudaremos a los africanos en su lucha por conseguir una paz duradera, erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible, para que de esa forma África pueda integrarse en la economía mundial.

28. Decidimos, por tanto:

Apoyar plenamente las estructuras políticas e institucionales de las nuevas democracias de África.

Fomentar y mantener mecanismos regionales y subregionales de prevención de conflictos y promoción de la estabilidad política, y velar por que las operaciones de mantenimiento de la paz en ese continente reciban una corriente segura de recursos.

Adoptar medidas especiales para abordar los retos de erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible en África, tales como cancelar la deuda, mejorar el acceso a los mercados, aumentar la asistencia oficial para el desarrollo e incrementar las corrientes de inversión extranjera directa y de transferencia de tecnología.

Ayudar a África a aumentar su capacidad para hacer frente a la propagación de la pandemia del VIH/SIDA y otras enfermedades infecciosas.

VIII. Fortalecimiento de las Naciones Unidas

29. No escatimaremos esfuerzos por hacer de las Naciones Unidas un instrumento más eficaz en el logro de todas las prioridades que figuran a continuación: la lucha por el desarrollo de todos los pueblos del mundo; la lucha contra la pobreza, la ignorancia y las enfermedades; la lucha contra la injusticia; la lucha contra la violencia, el terror y el delito; y la lucha contra la degradación y la destrucción de nuestro planeta.

30. Decidimos, por consiguiente:

Reafirmar el papel central que recae en la Asamblea General en su calidad de principal órgano de deliberación, adopción de políticas y representación de las Naciones Unidas, y capacitarla para que pueda desempeñar ese papel con eficacia.

Redoblar nuestros esfuerzos por reformar ampliamente el Consejo de Seguridad en todos sus aspectos.

Fortalecer más el Consejo Económico y Social, sobre la base de sus recientes logros, de manera que pueda desempeñar el papel que se le asigna en la Carta.

Fortalecer la Corte Internacional de Justicia a fin de que prevalezcan la justicia y el imperio del derecho en los asuntos internacionales.

Fomentar la coordinación y las consultas periódicas entre los órganos principales de las Naciones Unidas en el desempeño de sus funciones.

Velar por que la Organización cuente, de forma oportuna y previsible, con los recursos que necesita para cumplir sus mandatos.

Instar a la Secretaría a que, de conformidad con normas y procedimientos claros acordados por la Asamblea General, aproveche al máximo esos recursos en interés de todos los Estados Miembros, aplicando las mejores prácticas y tecnologías de gestión disponibles y prestando una atención especial a las tareas que reflejan las prioridades convenidas de los Estados Miembros.

Promover la adhesión a la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado¹³.

Velar por que exista una mayor coherencia y una mejor cooperación en materia normativa entre las Naciones Unidas, sus organismos, las instituciones de Bretton Woods y la Organización Mundial del Comercio, así como otros órganos multilaterales, con miras a lograr criterios perfectamente coordinados en lo relativo a los problemas de la paz y el desarrollo.

Seguir fortaleciendo la cooperación entre las Naciones Unidas y los parlamentos nacionales por intermedio de su organización mundial, la Unión Interparlamentaria, en diversos ámbitos, a saber: la paz y seguridad, el desarrollo económico y social, el derecho internacional y los derechos humanos, la democracia y las cuestiones de género.

13 Resolución 49/59, anexo.

Ofrecer al sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general más oportunidades de contribuir al logro de las metas y los programas de la Organización.

- 1 Pedimos a la Asamblea General que examine periódicamente los progresos alcanzados en la aplicación de lo dispuesto en la presente Declaración, y al Secretario General que publique informes periódicos para que sean examinados por la Asamblea y sirvan de base para la adopción de medidas ulteriores.
- 2 Reafirmamos solemnemente, en este momento histórico, que las Naciones Unidas son el hogar común e indispensable de toda la familia humana, mediante el cual trataremos de hacer realidad nuestras aspiraciones universales de paz, cooperación y desarrollo. Por consiguiente, declaramos nuestro apoyo ilimitado a estos objetivos comunes y nuestra decisión de alcanzarlos.

8a. sesión plenaria 8 de septiembre de 2000

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

* Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayado que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer,

Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas sociales y económicos, el desarme general y completo, en particular el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso social y el desarrollo y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto, Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

Han convenido en lo siguiente:

Parte I

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilacio-

nes, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 4

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la pre-

sente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 6

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Parte II

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 8

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en ápatrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Parte III

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las

- instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;
 - c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;
 - d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
 - e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;
 - f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
 - g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
 - h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:
 - a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
 - c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
 - d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
 - e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
 - f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
 - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
 - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares;
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Artículo 14

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a

- la mujer en las zonas rurales.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
 - a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles;
 - b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
 - c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
 - d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica;
 - e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;
 - f) Participar en todas las actividades comunitarias; g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento;
 - h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Parte IV

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para

el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
 - a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
 - b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
 - c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
 - d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
 - f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Parte V

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.
2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de un lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales.
3. La elección inicial se celebrará seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos tres meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a presentar sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las han designado, y la comunicará a los Estados Partes.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la Sede de las Naciones Unidas. En esta reunión, para la cual formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección el Presidente del Comité designará por sorteo los nombres de esos nueve miembros.
6. La elección de los cinco miembros adicionales del Comité se celebrará de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, después de que el trigésimo quinto Estado Parte haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esta ocasión, cuyos nombres designará por sorteo el Presidente del Comité, expirará al cabo de dos años.
7. Para cubrir las vacantes imprevistas, el Estado Parte cuyo experto haya cesado en sus funciones como miembro del Comité designará entre sus nacionales a otro experto a reserva de la aprobación del Comité.
8. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.
9. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

Artículo 18

1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

- a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate;
 - b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.
2. Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

Artículo 19

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

Artículo 20

1. El Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten de conformidad con el artículo 18 de la presente Convención.
2. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro sitio conveniente que determine el Comité.

Artículo 21

1. El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

Artículo 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de las actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

Parte VI

Artículo 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado Parte; o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

Artículo 24

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 25

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.
2. Se designa al Secretario General de las Naciones Unidas depositario de la presente Convención.
3. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositaran en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará depositando un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 26

1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en caso necesario, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.

Artículo 27

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.
3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

Artículo 29

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter

la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.
3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 30

La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman la presente Convención.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Observando que en la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Señalando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III). se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin distinción alguna, inclusive las basadas en el sexo,

Recordando que los Pactos internacionales de derechos humanos Resolución 2200 A (XXI), anexo. y otros instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por motivos de sexo,

Recordando asimismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴ (“la Convención”), en la que los Estados Partes en ella condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer,

* Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

Reafirmando su decisión de asegurar a la mujer el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales y de adoptar medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y esas libertades,

Acuerdan lo siguiente:

Artículo 1

Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2.

Artículo 2

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

Artículo 3

Las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán ser anónimas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 4

1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.
2. El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que:
 - a) Se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité o

ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;

- b) Sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
- c) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada;
- d) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación;
- e) Los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

Artículo 5

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. Cuando el Comité ejerce sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, ello no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

Artículo 6

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado Parte interesado, y siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad a dicho Estado Parte, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.
2. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.

Artículo 7

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo a la luz de toda la información puesta a su disposición

por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado Parte interesado, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas.

2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.
3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.
4. El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité.
5. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención.

Artículo 8

1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.
2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

4. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

Artículo 9

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 18 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo.
2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 8, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

Artículo 10

1. Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9.
2. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

Artículo 11

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

Artículo 12

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 21 de la Convención, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

Artículo 13

Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer ampliamente la Convención y el presente Protocolo y a darles publicidad, así como a facilitar el acceso a información acerca de las opiniones y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

Artículo 14

El Comité elaborará su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo.

Artículo 15

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado la Convención, la haya ratificado o se haya adherido a ella.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16

1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 17

No se permitirá reserva alguna al presente Protocolo.

Artículo 18

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que notifiquen si desean que se convoque una conferencia de los Estados Partes para examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

Artículo 19

1. Cualquier Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, con arreglo al artículo 2, o cualquier investigación iniciada, con arreglo al artículo 8, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

Artículo 20

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo y cualquier enmienda en virtud del artículo 18;

- c) Cualquier denuncia recibida en virtud del artículo 19.

Artículo 21

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 25 de la Convención.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”

Los Estados partes de la presente Convención,

RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

RECORDANDO la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la

Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases;

CONVENCIDOS de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y

CONVENCIDOS de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

CAPITULO I DEFINICION Y AMBITO DE APLICACION

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

CAPITULO II DERECHOS PROTEGIDOS

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos

derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPITULO III DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
- c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para

- toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
- e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
 - f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;
 - g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;
 - h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y
 - i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

CAPITULO IV

MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTECCION

Artículo 10

Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

Artículo 11

Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.

Artículo 12

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que pre-

vea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 14

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema.

Artículo 15

La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 16

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 17

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 18

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que:

- a. no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención;
- b. no sean de carácter general y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 19

Cualquier Estado Parte puede someter a la Asamblea General, por conducto de la Comisión Interamericana de Mujeres, una propuesta de emmienda a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Partes hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 20

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 21

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 22

El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 23

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos presentará un informe anual a los Estados miembros de la Organización sobre el estado de esta Convención, inclusive sobre las firmas, depósitos de instru-

mentos de ratificación, adhesión o declaraciones, así como las reservas que hubieren presentado los Estados Partes y, en su caso, el informe sobre las mismas.

Artículo 24

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla mediante el depósito de un instrumento con ese fin en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Un año después a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 25

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”.

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Nota biográfica de las autoras y autores

María José Añón

Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia (España). Autora de *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994), *Igualdad, diferencias y desigualdades* (Fontamara, México, 2001), *La universalidad de los derechos sociales: un desafío a la inmigración* (Tirant Lo Blanch, 2004), *Derechos, justicia y Estado Constitucional: un tributo a Miguel Miravet* (Tirant Lo Blanch, 2005).

Roxana Arroyo

Doctora en derechos humanos por la Universidad Carlos III (Madrid), Abogada y notaria por la Universidad de Costa Rica. Profesora invitada de FLACSO- Ecuador, profesora de la Universidad Estatal a distancia en la Maestría en Estudios de Violencia Social y Familiar. Autora de *Justicia y violencia contra la mujer (ILANUD, 1999)*, *Las normas sobre violencia contra la mujer y su aplicación. Un análisis comparado para América Latina* (Heredia, Universidad Nacional, 2002).

Ramiro Avila Santamaría

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho por Columbia University (New York). Profesor de Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos y Metodología de la Investigación Jurídica en la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesor de Teoría y práctica de derechos humanos, Género y derecho, Derechos económicos, sociales y culturales, y Derecho internacional humanitario en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE.

Elisabeth Badinter

Filósofa feminista francesa, presidenta del Consejo de Seguridad Pública. Autora, entre otras obras, de *L'Amour en plus: histoire de l'amour maternel*, (1980 réimpr. 2010), *L'Un est l'autre* (1986), *Condorcet. Un intellectuel en politique* (junto con Robert Badinter, 1988), *XY, de l'identité masculine* (publicado en español: *XY la identidad masculina*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993), *Les Passions intellectuelles, tome 1, tome II et tome III* (1999, 2002 y 2008), *Fausse route : Réflexions sur 30 années de féminisme* (2003).

Isabel Cristina Jaramillo

Doctora en derecho por Harvard University y abogada por la Universidad de Los Andes. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, miembro del Grupo de investigación Derecho y Género. Autora de *La jurisdicción especial indígena en Colombia* (junto con Esther Sánchez Botero, Procuraduría General de la Nación, 2000), *El hogar ¿espacio privado o público, Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre mujeres*, *El igualitarismo liberal de Dworkin* (junto con Daniel Bonilla).

Miguel Carbonell

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo Instituto. Autor de 19 libros y coordinador o compilador de otras 30 obras. Ha coordinado las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (15 tomos), *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (10 tomos), y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (25 tomos).

Margrit Eichler

Ph.D en sociología por la Universidad de Duke. Enseña e investiga en University College – New College, Toronto, Canadá, sobre políticas de familia, tecnologías genéticas y reproductivas, y metodología feminista. Autora de *Feminist Utopias: Re-visioning Our Futures* (with June Larkin, Sheila M. Neysmith – Innana Publications, 2002), *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality* (Oxford University Press, 1997).

Alda Facio

Master en Derecho Internacional y Derecho Comparado por la Universidad e Nueva York. Jurista y escritora feminista. Directora del programa “Mujer, Justicia y Género” del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito, ILANUD. Autora de *Declaración Universal de Derechos Humanos. Textos y Comentarios Inusuales* (ILANUD, 2001), *Género y Derecho* (con Lorena Fries – La Morada, 1999), *Cuando el género suena cambios trae* (ILANUD, 1992).

Eleonor Faur

Socióloga por la Universidad de Buenos Aires, especialista en género y derechos humanos. Coordinadora del área de Derechos de las mujeres de las oficinas de UNICEF en Colombia (1995-1999) y Argentina (2000-2004). Docente e investigadora de de la Universidad Nacional General San Martín (Argentina). Autora de *Masculinidades y*

desarrollo social. Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres (Arango Editores y UNICEF, 2004).

Linda McDowell

Profesora de “Geografía Humana” y Directora del *International Graduate School* en la Universidad de Oxford. Autora de *Working bodies: Interactive service, unemployment and work* (2009), *Hard Labour: the forgotten voices of Latvian migrant ‘volunteer’ workers* (UCL Press, 2003), *Redundant Masculinities? Employment change and white working class youth* (Blackwell, 2003), *Gender, Identity and Place. Understanding feminist geographies* (Blackwell, 1999).

Cecilia Medina

Doctora en Derecho por la Universidad de Utrecht, Holanda. Actual presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesora de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editora de *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos* (coeditora - Universidad Diego Portales, 1996), *Tratados y Derechos Esenciales. Introducción y selección de textos* (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994).

Frances Olsen

Doctora en Derecho por Harvard University. Profesora de Derecho en la Universidad de California-Los Angeles (UCLA) de “Teoría Legal feminista, disidencia y Derecho”, Derecho de Familia y Daños, miembro de la Escuela de Teoría Legal Feminista. Autora de *Translation Issues in Language and Law* (edited by Frances Olsen, Dieter Stein and Alexander Lorz, Palgrave/Macmillan, 2009), *Law and Language: Theory and Society* (edited by Frances Olsen, Dieter Stein and Alexander Lorz, Düsseldorf University Press, 2008), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks* (Dartmouth Publishing, NYU Press, 1995), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory Within the Law* (Dartmouth Publishing; NYU Press, 1995), *Cases and Materials on Family Law: Legal Concepts and Changing Human Relationships* (with Walter O. Weyrauch and Sanford N. Katz, West Publishing, 1994).

Carole Pateman

Doctora en Filosofía por la Universidad de Oxford. Enseña en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de California-Los Angeles (UCLA). Autora de *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory* (Polity Press, 1989), *The sexual contract* (Polity Press, 1988), *The problem of Political Obligation: a critical Analysis of Liberal Theory* (John Wiley and Son, 1979), *Participation and Democratic Theory* (Cambridge University Press, 1970).

Tamar Pitch

Profesora de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino. Colabora en numerosas revistas, como *Democrazia e diritto* y *Dei diritti e delle pene*, y forma parte del consejo asesor de publicaciones tan prestigiosas como *Social and Legal Studies*. Autora de *Responsabilita limitate* (1989), *Donne in carcere, Un derecho para dos, la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad* (Trotta, 2003).

Alicia Ruiz

Actual Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Profesora Adjunta Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Autora de *Idas y Vueltas por una Teoría Crítica del Derecho*, (Editores del Puerto, 2001), *El derecho en el género y el género en el derecho* (volumen colectivo - Biblos, 2000), *Identidad femenina y discurso jurídico* (compiladora – Biblos, 2000), *Materiales para una teoría crítica del derecho* (volumen colectivo - Abeledo-Perrot, 1991).

Judith Salgado

Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Diplomada Superior en Ciencias Sociales, con mención en Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E); Magíster en Estudios Latinoamericanos con mención en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos de la UASB-E y profesora de las materias Género y derechos humanos y Diversidad, equidad y derechos humanos en esta universidad. Docente de Derechos económicos, sociales y culturales y Teoría y práctica de los derechos humanos de la PUCE.

Lola Marisol Valladares Tayupanta

Doctora en Jurisprudencia y Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Master en Ciencias Sociales con especialización en género por FLACSO Ecuador. Feminista. Ha trabajado en atención de víctimas de violencias de género, gestión de políticas públicas con enfoque de género y patrocinio de casos relacionados con violaciones de derechos humanos de las mujeres. Ha sido profesora de Género y Derechos Humanos y Género y Derecho Penal en FLACSO-Ecuador y la Universidad Andina Simón Bolívar. Coordinadora del Área de Gobernabilidad, Violencia y VIH del Fondo de desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM Región Andina)

Joan Williams

Profesora en la Universidad de California - Hastings College of the Law de “Teoría legal feminista”. Autora de *Class Acts and Gender Works: Reshaping the Everyday and*

Electoral Politics of Work and Family (Harvard University Press, 2010), *Worklife Law's Guide to Family Responsibilities Discrimination* (with Cynthia Thomas Calvert - Center for Worklife Law, 2007), *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What To Do About It* (Oxford University Press, 2000).

Eugenio Raúl Zaffaroni

Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor titular de Derecho Penal y director del Departamento de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Criminología en la Facultad de Psicología en la misma Universidad. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Autor, entre otras obras, del *Manual de Derecho Penal: Parte General* (Ediar, 2006), *En busca de las penas perdidas* (Temis, 1990), *Criminología: aproximación desde el margen* (Temis, 1998), *El enemigo en el derecho penal* (Ediar, 2006), *La estructura del delito* (Ediar, 2009).

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador