



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Zúñiga Añazco, Yanira

EL DERECHO COMO REPRESENTACIÓN-DEFORMACIÓN. UN ANÁLISIS DE SU
CONSTRUCCIÓN ADVERSARIAL EN CLAVE DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XIX, núm. 1, julio, 2006, pp. 33-59

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713781002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DERECHO COMO REPRESENTACIÓN-DEFORMACIÓN. UN ANÁLISIS DE SU CONSTRUCCIÓN ADVERSARIAL EN CLAVE DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Yanira Zúñiga Añazco*

RESUMEN

Este artículo parte de la hipótesis de que tanto el Derecho (incluido el subsistema de derechos fundamentales) como la denominada Ciencia Jurídica reconstruyen la realidad a través de una serie de relaciones antagónicas o binomios. En la primera parte, se estudia la pareja universalidad-particularidad y algunas de sus repercusiones en la teoría jurídica de los derechos fundamentales. En la segunda parte, a partir de un enfoque de género, se analiza la gravitación del binomio igualdad-diferencia en relación con la eficacia de los derechos fundamentales de las mujeres. A los efectos, se postula que: a) las normas jurídicas vehiculan en gran medida a través de sus propias instituciones las asimetrías de género utilizándolas en algunos casos como presupuestos de organización de las mismas, y b) cuando no vehiculan las asimetrías de género y, por el contrario, parecen oponerse a ellas —como ocurre en general con las normas que constituyen el subsistema de derechos fundamentales y especialmente con las normas específicas de igualdad— éstas se tornan ineficaces porque están erigidas sobre la noción nuclear del sujeto abstracto que, a su vez, presupone relaciones jurídicas de carácter intersubjetivo, mientras que los fenómenos de exclusión o discriminación social se construyen, en cambio, sobre relaciones intergrupales.

DERECHOS FUNDAMENTALES – GÉNERO – IGUALDAD/DIFERENCIA

Law as representation / deformation. A review of its adversarial development from a gender and human rights perspectives

ABSTRACT

This paper assumes that law (including the subsystem of fundamental rights) as well as the so called legal science reconstruct reality through a number of antagonistic and binary relations. The first part reviews the universal/ particular relation and some of the ways it affects the theory of fundamental rights. The second part takes a gender perspective to analyse the importance of the equality/difference binary, when related to the efficacy of women's fundamental rights. The author states a) that legal norms, through their own institutional construction transfer gender asymmetry sometimes as part of the conditions necessary for the organization of these same norms, and b) that when legal norms do not do that, and on the contrary, express their purpose to oppose gender inequality —as it happens with laws on fundamental rights and specifically with equality laws— these legal norms become inefficient because they are built on the assumption of the notion of abstract individuals. This notion, at the same time, is based on the idea that legal relationships occur between individuals, when in fact the realities of social discrimination and exclusion are best understood as built upon inter-group relationships.

FUNDAMENTAL RIGHTS – GENDER – EQUALITY / DIFFERENCE

* Abogada, Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, Chile. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl. Artículo recibido el 15 de marzo de 2006 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2006.

Este trabajo forma parte del Proyecto DID N° S-2005-69 Universidad Austral de Chile (titulado "La construcción moderna de los derechos fundamentales y la situación jurídica de la mujer: ¿Emancipación u opresión? Una revisión desde la perspectiva de género", del que la autora es investigadora principal.

I. UNIVERSALIDAD Y PARTICULARIDAD. BREVES APUNTES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS

Uno de los signos característicos de la cultura jurídica contemporánea es la tensión entre universalidad y particularidad. Tal tensión es especialmente evidente en la fisonomía actual de los derechos fundamentales, la que sin abdicar de la nota de universalidad, expresada en el paradigma del yo abstracto, pretende integrar los particularismos del yo concreto. Muestra de ello son los procesos de especificación de derechos fundamentales, el surgimiento de nuevos derechos con impronta colectiva (en particular, los llamados derechos de tercera generación), el fenómeno de la globalización que ha catalizado los debates sobre la mejor gestión de la multiculturalidad, etc.

Pese a que en el lenguaje de las normas iusfundamentales la tensión antes comentada deviene oscurecida y a veces invisibilizada, en el nivel de aplicación y eficacia de las mismas adquiere claramente una configuración adversarial. En efecto, la tensión universalidad-particularidad se expresa en otras tantas manifestaciones que gravitan sobre las distintas dimensiones de la categoría de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, los profundos quiebres existentes en la teoría jurídica en torno a los problemas del concepto y del fundamento de los derechos fundamentales se explican en un alto grado —en mi opinión— por la potente pulsión que ejerce esta dicotomía. El dilema parece ser cómo conciliar lo que hay de constante (a saber, lo universal) y lo que hay de variable (lo particular o específico) en la categoría de los derechos humanos. Es decir, por una parte, la esencialidad y, por extensión, la atemporalidad que evoca la propia noción de “naturaleza humana” (o sus equivalentes) que se sitúa comúnmente en las reflexiones sobre el fundamento con la dimensión histórica de estos derechos que suele estar ínsita en el terreno del concepto. Ambos aspectos están a tal punto amalgamados en la categoría de derechos humanos, que resulta toda una proeza elaborar una teoría que, al mismo tiempo, establezca un puente entre concepto y fundamento sin confundir ambas dimensiones y sin, además, incurrir en falacia naturalista.¹

En otros ámbitos, por ejemplo, en el marco de la aplicación transcultural de los derechos fundamentales, el binomio universalidad-particularidad se traduce en dos problemas conexos. Uno relativo al conocimiento y otro relacionado con el estable-

¹ En efecto, si al iusnaturalismo se le imputa carencia de una reflexión “contextualizada” al deducir los derechos a partir de los valores, al enfoque monista de los *moral rights* se le reprocha elaborar un concepto de los derechos a través de argumentos justificatorios, mientras que a la teoría de las necesidades (emparentada con los *moral rights*) se le critica en ocasiones desprender a partir de proposiciones de hecho (necesidades, bienes o intereses) consecuencias jurídicas o morales (derechos). Véase sobre este asunto, De Lucas, J. “Algunos equívocos sobre concepto y fundamentación de los derechos humanos”, y García Añón, J., “Los Derechos Humanos como Derechos Morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez” en Ballesteros, J., *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-21 y 61-85, respectivamente.

cimiento de códigos normativos generales. Ambos resultan engarzados en el debate al hilo de la siguiente interrogante: ¿Es factible la recuperación de los particularismos, sin adoptar necesariamente una visión nihilista que deseche la viabilidad ya de la constitución de un saber unificado, ya de una reflexión moral con contenido generalizable y, por extensión, de la articulación de un catálogo de derechos universales? Las respuestas varían, dependiendo del modelo teórico de que se trate.

Así, en un extremo se sitúa el modelo universal-individualista que parte de una relación antagonica entre el individuo y la sociedad. Tal contraposición puede resumirse en el postulado del individuo abstracto y en la asunción secundaria de que éste constituye el agente explicador de los distintos subsistemas existentes, como el político, el económico, el religioso, el ético, el epistemológico y el metodológico.² Este modelo, en el caso de los derechos fundamentales, no sólo ha demostrado sus dificultades para subsumir la reivindicación de derechos específicos de algunas culturas y grupos, sino que, además, ha convivido permanentemente con diversas exclusiones que ponen en entredicho la pretendida nota de universalidad de los mismos.³

Cada vez es más frecuente que se denuncien sus inconsistencias conceptuales y metodológicas e, incluso, que se devalue su fuerte contenido ideológico. En esta línea, Boaventura de Sousa Santos señala que la universalidad de los derechos humanos no entraña globalización en sentido estricto, sino, más bien, un localismo globalizado,⁴ es decir, una forma de globalización desde arriba o hegemónica, cuya pretensión es imponer un código normativo construido a partir de la experiencia histórica occidental y fundado en la concepción de un hombre aislado y egoísta. Desde este prisma, el universalismo impreso en la idea de derechos fundamentales no sería más que un particularismo con pretensión de establecerse como el dominante.

En las antípodas del modelo universal-individualista antes referido encontramos al relativismo ético. Este, de una indudable impronta posmoderna, reivindica la fragmentación normativa en función de la diversidad cultural, y aunque tiene el mérito de evitar la colonización cultural que denuncia de Sousa Santos, lo mismo que su modelo antagonico, tropieza con dificultades importantes. Desde el punto de vista lógico, el relativismo ético que postula la diversidad normativa únicamente a partir de la constatación fáctica de la diversidad cultural, no es capaz de sortear el vacío entre *el ser* y el *deber ser* y termina confundiendo los planos descriptivo y normativo. Mientras que desde el punto de vista de la razón práctica el relativismo

² López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel, Barcelona 2000, p. 14.

³ Vid. De Lucas, J., *El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994, en especial p. 30 y ss.

⁴ El autor define "globalismo localizado" como el proceso por medio del cual un fenómeno local dado se globaliza exitosamente; verbigracia, la operación mundial de corporaciones transnacionales; la transformación del inglés en la *lingua franca*, la globalización de la comida rápida, etc. De Sousa Santos, B., "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos" en *Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de Colombia, N° 31, mayo-agosto de 1997, p. 6.

ético radical se traduce en la sumatoria de puros particularismos que no es susceptible de ser resuelta, en caso de oposición radical, sobre la base de un principio general, deviniendo, por tanto, en un modelo inoperante o de nula utilidad práctica. Esto ocurre —entre otras razones— porque en toda oposición radical de elementos la afirmación de uno presupone la exclusión del otro, precisamente porque ambos elementos se configuran a través de su propia relación antagónica: A es A, porque no es B, y B es B, porque no es A.⁵

Visto así, el problema adquiere los ribetes de encrucijada. En efecto, si en el intento de evitar la reducción totalitaria no se quiere caer en la atomización cultural, sólo cabría justificar que ya que hay pluralidad cultural no puede dejar de haber pluralidad normativa. Pero resurge, como imperativo de la razón práctica, el problema sempiterno de determinar sobre qué bases un código normativo debe ser preferible a otro. Y la respuesta más recurrente, pese a su carácter críptico (o quizás precisamente por lo mismo), es que debe preferirse aquel que sea más conforme con las exigencias de dignidad, autonomía, emancipación o progreso humanos. Esta respuesta, como es de suponer, tampoco solventa por entero el problema.⁶

⁵ Este esquema lógico se replica socialmente en el terreno de la modulación de identidades. Birgin lo ejemplifica de la siguiente manera: “La lógica del apartheid no es sólo un discurso de los grupos dominantes: puede también permear la mentalidad de los oprimidos. Si el oprimido se define por su diferencia con el opresor, tal diferencia es un componente esencial de la identidad del oprimido. Pero el oprimido no puede afirmar su identidad sin afirmar, a la vez, la del opresor. Vid. Birgin, H., “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente al particularismo” en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 117.

⁶ En efecto, cualquier asociación de un determinado código moral con alguna de las exigencias antes mencionadas tropieza con varias dificultades. La primera coincide con el dilema de las posturas iusnaturalistas, es decir, la imposibilidad de acceder a la moralidad apodícticamente. La segunda —más atribuible a las versiones positivistas— se relaciona con un ejercicio de optimismo ingenuo por parte de quienes profesan la fe en la existencia actual de consensos nacionales o universales sólo llamados a ser robustecidos por herramientas de garantía. Esta forma de visualizar el problema no sólo pierde de vista que la facticidad de los acuerdos o consensos no es garantía ni de racionalidad ni de justicia de sus contenidos, sino, además, que de admitirse su existencia, esta es extremadamente precaria ante los ataques. Carlos Nino resalta tal precariedad especialmente ante la forma más perversa y brutal de desconocimiento, esto es, la que involucra o al núcleo de la maquinaria estatal o supone la injerencia de potencias extranjeras (Cfr. Nino, C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1999, p. 3). El tercero, más bien de carácter epistemológico, deriva del hecho de que ninguna cultura, por sí misma y aisladamente, contiene una explicación completa de las cosas o de la realidad. El inconveniente es que esa incompletud no es susceptible de observarse desde dentro de la propia cultura. Lo anterior, explica que los *topos* fuertes de una cultura —en la terminología de Boaventura de Sousa Santos—, o los *universales* —como prefiere llamarlos María José Fariñas— se vuelvan ininteligibles o se distorsionen cuando se usan en otras. Por lo que encontrar la salida a la encrucijada parece implicar no sólo una readecuación conceptual y metodológica de los paradigmas teóricos tradicionales, sino también un ejercicio de construcción de conocimiento y de diálogo en clave intercultural. Sobre esta última cuestión puede consultarse de Sousa Santos, B., “Hacia una concepción multicultural...”, *cit.*; Fariñas Dulce, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 16, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid y Monzon A., “Derechos Humanos y Diálogo Intercultural” en Ballesteros J., *Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 117-133.

Si bien en el ámbito de aplicación intrasistémica o intrasocietal de los derechos fundamentales la dupla universalidad-particularidad puede ejercer influjos similares a los ya comentados —especialmente en los casos de sociedades multiculturales o a propósito de los fenómenos de inmigración— se metamorfosea, además, en una segunda pareja dicotómica: igualdad-diferencia. Dicho maridaje ha sido el producto histórico del surgimiento de dos modelos distintos de igualdad que se corresponden con las aportaciones del liberalismo clásico y del socialismo ético, respectivamente. Siguiendo a Ferrajoli, el primer modelo es el modelo de homologación jurídica de las diferencias, también llamado de igualdad formal, que se caracteriza por hacer abstracción de las diferencias de hecho. Mientras que el segundo es el modelo de valoración jurídica de las diferencias, conocido también como de igualdad material, que rescata esas diferencias.⁷ Ambos modelos buscan convivir armónicamente en los distintos sistemas jurídicos en aras de garantizar ámbitos equivalentes de libertad a los individuos y, en consecuencia, transformándose en mecanismos de inclusión social. A esta versión del binomio igualdad-diferencia podríamos denominarla *iusfundamental*.

No obstante, existe una segunda versión de la dicotomía igualdad-diferencia que actúa como parámetro de ordenación social de carácter transversal y lo hace en un sentido diametralmente inverso, es decir, como mecanismo de exclusión social. A este binomio podemos apellidarlo “*social*”. El ensamblaje entre las dos versiones antes aludidas del binomio igualdad-diferencia (la *iusfundamental* y la *social*) genera tensiones que se traducen, directamente, en un déficit de eficacia de las normas *iusfundamentales* e, indirectamente, en pérdidas de legitimidad (e incluso crisis) de los modelos de organización del poder.

No es extraño, entonces, que la expresión “exclusión social”⁸ haya eclosionado en las últimas décadas permeando diferentes áreas del saber e inspirando las actividades de los órganos internacionales con mandatos temáticos relativos a la pobreza o al desarrollo humano. De manera tímida esta idea, aunque no necesariamente con el mismo rótulo, se ha ido enquistando en las reflexiones sobre derechos fundamentales en particular a través de la teoría de las necesidades, la teoría de las capacidades o el debate sobre los derechos colectivos. La razón es simple, para comprender los derechos y su razón de ser, es necesario adoptar una perspectiva relacional o contex-

⁷ Vid. Ferrajoli, L. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, tercera edición, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 73-96.

⁸ Aunque es un concepto polisémico puede entenderse como una noción integral de privación que introduce aspectos de participación social y de realización de derechos (seguridad física, de sustento y protección ante contingencias, protección, identidad y plena ciudadanía entre otros) en su conceptualización. Más que la carencia de bienes y servicios, este concepto da cuenta de un proceso dinámico asociado a la estructura económica y al cambio social, que procede del funcionamiento de las instituciones y de las políticas, que actúan para incluir o excluir, y es el resultado de una serie de agentes sociales (Estados, empresas, autoridades locales, organismos religiosos, etc.). Sobre este tema véase Martínez Román, M^a A. “Género, pobreza y exclusión social: diferentes conceptualizaciones y políticas públicas”, en Tortosa, J. M^a (coord.): *Pobreza y Perspectiva de Género*, Ed. Icaria, Barcelona, 2001, pp. 65-83.

tualizada que considere la triple esfera en que estos tienen lugar: la jurídica, la moral y la económico-política.

Como hemos visto, son múltiples los problemas que se generan a partir de la pareja universalidad-particularidad. Una propuesta de solución de los que aquí se han enunciado excede con creces los propósitos de este trabajo. No obstante, conviene apuntar un perfil de aspectos básicos o premisas para tener en cuenta con miras a avanzar en la distensión del binomio.

Como punto de partida afirmaré que es posible concebir las relaciones entre universalidad y particularidad de una manera no dicotómica. Descartaré por las razones antes enunciadas la aproximación relativista radical y, aunque mantendré el anclaje en la tradición moderna de los derechos fundamentales, lo haré bajo condición de su reconceptualización.⁹ Dicha idea, inclusive, se puede expresar en clave de la dupla que hasta aquí hemos analizado como problemática. En efecto, el devenir de los derechos fundamentales es una buena prueba de que la universalidad sobre la que se erige la modernidad no es más que una síntesis no acabada de un cúmulo de particularismos históricos que han tenido el efecto de transformar la categoría de los derechos humanos en una noción esencialmente paradójica.¹⁰

Así las cosas, me parece que cualquier esfuerzo por distender la relación universalidad-particularidad requiere tomar como punto de partida un individualismo atemperado o débil. Esta versión del individualismo se traduce en una exaltación de la autonomía del ser humano que busca erradicar la opresión o dominación heterónoma, es decir, su anulación o disolución en el colectivo, pero que reconoce la sociabilidad como un atributo humano y, por tanto, como condición *sine qua non* de desarrollo de la dignidad. Esta versión débil, que no resulta del todo ajena a la tradición liberal de los derechos humanos,¹¹ permite rescatar la dimensión “situada”

⁹ En este sentido suscribo la propuesta de Laclau, quien indica que la tensión modernidad-posmodernidad bien puede resolverse a través de la deconstrucción, esto es, comprendiendo que la modernidad –y sus categorías– no configuran un bloque unitario, sino más bien son el resultado sedimentado de una serie de articulaciones contingentes Cfr. Laclau, E., “Poder y representación”, artículo publicado originalmente en Poster, Mark (ed.) *Politics, Theory and Contemporary Culture*, Columbia University Press, New York, 1993, disponible en documento electrónico, formato pdf en <http://www.insumisos.com/Articulos/Poder%20y%20representaci%C3%B3n.pdf>, fecha de revisión 26/03/06.

¹⁰ Sobre las paradojas que rondan la construcción de los derechos fundamentales, consúltense De Asís, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2000.

¹¹ María del Carmen Barranco, al tratar a los derechos fundamentales como elementos de legitimación del poder, nos recuerda que dentro del liberalismo democrático moderno podemos encontrar una tradición liberal y una tradición republicana, cuya diferencia básica estriba en una distinta concepción del individuo en cuanto a su relación con la colectividad en la que se inserta y que se traduce en una distinta posición acerca de los roles del Estado, del Derecho y del proceso político. Así para la tradición liberal, la dignidad humana se realiza aun a pesar de aquella colectividad en una suerte de relación antagónica, mientras que para la tradición republicana la dignidad se realiza mediante la inserción del individuo en su comunidad. Si para la primera el Estado aparece como un mal necesario, para la segunda puede ser un bien, lo que explicaría que en la primera nunca lo colectivo se imponga sobre lo privado o particular, mientras que sí podría hacerlo en la segunda. Según la autora,

de estos derechos, es decir, permite verlos como el producto de procesos históricos que tienen como común denominador la defensa de la autonomía y de la dignidad de los seres humanos frente a dominaciones u opresiones exógenas.¹²

Por otra parte, tal punto de partida se concilia de mejor manera con aportaciones de otros saberes. Así, por ejemplo, desde la óptica de la psicología social tanto el individualismo como el colectivismo son formas de sociabilidad que se definen por la preeminencia de determinados valores en el semblante social.¹³ De ahí que, desde esta perspectiva, el individualismo y el colectivismo vienen a ser constructos o categorías que aluden a aquellos rasgos que concurren de manera más o menos pronunciada en determinadas sociedades, pero que, en ningún caso, suprimen la naturaleza híbrida de las mismas,¹⁴ aunque sí condicionan de manera importante el sentido y diseño de los sistemas político, económico y jurídico,¹⁵ así como la con-

Rawls y Habermas, serían exponentes de una y otra tradición, respectivamente. Vid. Barranco, M^a del C., *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, U. Carlos III-Dykinson, Madrid, 2004, pp. 76-96.

¹² Gregorio Peces Barba se refiere a los distintos momentos de “liberación” que caracterizaron el tránsito a la modernidad y hacia la concreción de la racionalización y de la humanización. Señala que “el protagonismo del individuo, el antropocentrismo, es una característica de la modernidad y así como el impulso de la racionalización es decisiva para la humanización, ésta, es decir, la existencia de personas moralmente autónomas, es —a su vez— un elemento que contribuye a la humanización” Vid. Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Cuadernos y debates, N^o 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 41 y 42. Por su parte, Javier de Lucas advierte que “esta concepción abstracta del ser humano como individuo representó un papel progresista, como instrumento resolutivo frente a los privilegios y las jerarquías del *ancien régime* y, sobre todo, para la consolidación de los derechos humanos. En efecto, desprovistos de toda cualificación que no sea la condición básica de persona, todos los hombres parecen iguales, de forma que pierden sentido los instrumentos de la desigualdad y, aún más, la institucionalización política de la misma que era el principio de la monarquía absoluta. Sin embargo, el proceso de abstracción tenía un costo [...] las vías de exclusión”. de Lucas, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 43.

¹³ Véase sobre este tema Gouveia, V.V., *La naturaleza de los valores descriptores del individualismo y del colectivismo: una comparación intra e intercultural*, Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Psicología, Departamento de Psicología Social.

¹⁴ Siguiendo a Hofstede, puede decirse que el individualismo es característico de sociedades en las que los lazos entre las personas son laxos: cada uno debe ocuparse de sí mismo y de su familia más próxima. El colectivismo, por el contrario, es característico de sociedades en las que las personas se integran desde su nacimiento en grupos fuertes y cohesionados que continúan protegiéndolas toda la vida a cambio de una lealtad inquebrantable. Estos rasgos generan diferencias sustantivas en la forma de concebir las relaciones sociales en general y la inserción del sujeto en estas. Así, por ejemplo, la finalidad de la educación en una sociedad individualista es menos “saber cómo hacer” que “saber cómo aprender”, es decir, el desarrollo de las habilidades necesarias para el “hombre moderno”, mientras que en las sociedades colectivistas se insiste en la adaptación a las habilidades y cualidades necesarias para ser un buen miembro del grupo. Vid. Hofstede, G., *Culturas y organizaciones. El Software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia*. Versión de Escola Universitària de Turisme (ESMA), Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 102 y 120.

¹⁵ Por ejemplo, mientras más débil es el individualismo en el *software* mental de los ciudadanos, mayor es la probabilidad de que el Estado desempeñe un papel dominante en el sistema económico. De otro lado, cuanto más individualistas son los ciudadanos de un país, menor es la probabilidad de que su libertad de prensa sea coartada por las autoridades. Cfr Hofstede, G., *Culturas y organizaciones. El Software mental... cit.*, p. 128.

cepción que en cada sociedad se tiene sobre la naturaleza humana.¹⁶ A su vez, tanto el individualismo como el colectivismo pueden adoptar diversas formas que, a su vez, se correlacionan con énfasis distintos en la adhesión a diversos valores.¹⁷

Teniendo en cuenta estas consideraciones, creo que es posible comprender el binomio universalidad-particularidad como una hibridación sinérgica y no como una pareja dicotómica. Esto supone descartar (respondiendo a la pregunta planteada en las primeras líneas de este trabajo) que la recuperación del dato cultural, es decir, de los particularismos, conlleve necesariamente la adopción de una visión nihilista respecto de la construcción del conocimiento y del desarrollo de la reflexión moral.¹⁸ Es más, siendo el Derecho un sistema normativo que, por definición, se nutre de la realidad social y actúa sobre esta la incardinación del dato fenomenológico no degrada la reflexión normativa, sino que, por el contrario, la enriquece.¹⁹

¹⁶ De esta manera, la máxima motivación de las sociedades individualistas corresponde a la autorrealización. En una cultura colectivista, en cambio, el interés del grupo puede llegar a superponerse al de los individuos, aisladamente considerados. Sobre esta misma base se puede explicar, además, que en Occidente la personalidad sea concebida como una entidad independiente, distinta de la sociedad y de la cultura: un atributo del individuo. Por el contrario, el *jen* chino –una especie de equivalente de persona en la cultura china– no sólo incluye al individuo, sino también al entorno social y cultural íntimo que da sentido a su existencia. Cfr. Hofstede, G., *Culturas y organizaciones. El Software mental... cit.*, pp. 135 y 136.

¹⁷ Inglehart ha realizado el trabajo más extenso sobre las implicaciones de los resultados de la Encuesta Mundial de Valores para las teorías generales de la modernización y el desarrollo. Este autor ha acuñado una tipología básica que distingue entre los siguientes polos: materialismo y posmaterialismo. La importancia de los estudios de este autor radica fundamentalmente en la conclusión a la que arriba y que puede resumirse en lo siguiente: las sociedades industrializadas avanzadas vienen experimentando un cambio valórico desde los años 50 que se traduce en que habrían dejado de otorgar prioridad a los valores más tradicionales relacionados, de una u otra forma, con la satisfacción de necesidades materiales para poner mayor énfasis en cuestiones que tienen que ver con valores de autorrealización personal, sentimientos de pertenencia a la comunidad, calidad de vida, etc., es decir, lo que el autor denomina los valores postmaterialistas. Vid. Inglehart, R., *Modernización y posmodernización. El cambio cultural, económico y político en 43 sociedades*. CIS-Siglo XXI Editores, Madrid, 1998.

¹⁸ Hérítier advierte que las configuraciones singulares de cada sociedad pueden ser entendidas como “un conjunto integrado de prácticas y representaciones simbólicas de esas prácticas, inscrito a la vez en una cultura y en una historia, y cuyos mecanismos de integración y asociación son comparables a los efectuados en otras sociedades”. Por tanto, el dato fenomenológico variable de todas las sociedades puede ser observado a través del prisma de los mecanismos invariantes subyacentes que ordenan ese dato y le otorgan su sentido. Serían entonces los mecanismos y no los rasgos culturales, por definición particulares, los que pueden ser apreciados desde una perspectiva general o universal. Cfr. Hérítier, F., *Masculino-Femenino. El pensamiento de la diferencia*, traducción castellana de Vicente Villacampa, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 35.

¹⁹ En este sentido Iris Young nos recuerda que la reflexión normativa debe comenzar por las circunstancias históricas específicas, porque una buena teoría normativa no puede obviar la descripción y la explicación social y política sin caer en la mera reflexión abstracta, vacía y sin vocación práctica por la emancipación. La teoría crítica, entonces, es un modo de discurso que resalta las posibilidades normativas no realizadas, pero latentes, en una realidad social y en consecuencia es, por definición, un discurso contextualizado. De ahí que Young critique a la teoría social positivista su intento de separación de los hechos sociales y de los valores a través de su empeño en una asepsia valorativa. Para Young, por el contrario, la descripción y la explicación social deben ser críticas, esto

Soy consciente, empero, que una lectura que engarce la variable social –en los términos que he mencionado– con una vocación por la reflexión crítica contiene implícitamente la temida combinación de elementos descriptivos y prescriptivos. No me detendré aquí en justificar que no toda combinación de estos elementos es falaz, porque no pretendo en adelante formular una teoría sobre los problemas del concepto y del fundamento de los derechos fundamentales, sino que me centraré más bien en el problema de su eficacia. En consecuencia, la aproximación que desarrollaré en lo sucesivo se alinea en un alto grado con las nuevas corrientes de la sociología jurídica, específicamente con aquella que explora los obstáculos que constriñen los efectos sea del Derecho sobre la sociedad, sea de la sociedad sobre el Derecho y, de una manera más amplia, con aquella que investiga la no correspondencia entre las formas del Derecho y las estructuras sociales.

Asumiré, como lo sugiere de Sousa Santos, que el Derecho (entendido como derecho estatal) se compone de un elemento normativo protagónico, pero no excluyente, siendo también imaginación, representación y descripción de la realidad.²⁰ Pero, como ocurre con la cartografía, la distorsión en el Derecho busca convivir en equilibrio con la representación de la realidad a través de las proyecciones y la simbolización. Es decir, el Derecho estatal imagina, representa y distorsiona los diversos espacios normativos que abarca (nacionales, locales, privados, sacros, religiosos, etc.) transformándolos en pautas de conducta generales. Algo similar, a mi entender, ocurre con la Ciencia del Derecho que, al intervenir en la producción de su objeto de estudio a través de la creación de conceptos y categorías, no sólo lo representa, sino que también lo deforma.

Una aproximación de este tipo permite entender el problema de la universalidad de los derechos humanos (generalidad) no en un sentido fundamentalista, sino como un esfuerzo (siempre perfectible) de representación a pequeña escala de realidades complejas. Por otra parte, este enfoque facilita la comprensión de las relaciones entre el Derecho y otros órdenes normativos de distinta naturaleza que coexisten en el mismo entramado social, unas veces retroalimentándose, otras veces oponiéndose.

En los próximos apartados y en relación con esta última cuestión, analizaré las relaciones entre Derecho y Género a la luz del binomio igualdad-diferencia que,

es, deben apuntar a evaluar en términos normativos aquello que está dado. Sin una postura crítica de este tipo muchas preguntas sobre qué ocurre en una sociedad y por qué, quién se beneficia y a quién se daña, no se formulan, y la teoría social tiene tendencia a reafirmar y cosificar la realidad social dada. Cfr. Young, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Traducción de Silvina Álvarez, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Valencia, 2000, pp. 15 y 16.

²⁰ El mismo autor portugués justifica este planteamiento de manera literaria a través del uso de dos metáforas que recogeré a los efectos de construir mi propuesta: El derecho como poesía y como cartografía. Según él, el Derecho, como los poemas, debe distorsionar o deformar la realidad. Mientras que estos últimos lo hacen para lograr originalidad, las leyes lo hacen para establecer su exclusividad. Cfr. De Sousa Santos, B., "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception pos-moderne du Droit", en *Droit et Société*, N° 10, 1988, pp. 369-405, disponible en línea en <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds010/ds010-02.htm>, formato PDF, fecha de revisión 10/03/06.

como hemos visto, es una de las manifestaciones de la pareja universalidad-particularidad con la que he iniciado este trabajo. Como es obvio, me serviré en este periplo, además, de las aportaciones de la hermenéutica feminista.

II. EL BINOMIO IGUALDAD-DIFERENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Como señalé previamente, la universalidad-particularidad en relación con el disfrute de los derechos humanos de las mujeres se traduce generalmente en una segunda pareja antagónica: igualdad-diferencia. También he anunciado que, a los efectos de estudiar esta cuestión, me serviré de la categoría del género. Sin embargo, considerando que la expresión “género” es polisémica, resulta forzoso estipular una definición de la misma. Entenderé por género, entonces, la construcción socio-normativa de la diferencia sexual, de carácter constante, en que la realidad social se organiza, se divide en símbolos y se vive experimentalmente. Visto así, ya se puede adelantar que el género está en forma ineludible encadenado al concepto de diferencia en un sentido de exclusión, puesto que no es otra cosa que la institucionalización social —profundamente arraigada— de la diferencia de sexo. Ni la feminidad ni la masculinidad son conceptos empíricos neutros, sino que son parámetros normativos a los que sujetan sus conductas tanto las mujeres como los hombres y que se conectan con otros factores para catalizar diversas formas de estratificación social manifestadas a través de relaciones sociales, económicas, legales, culturales, psicológicas y de estatus.²¹ Bajo este entendido no es raro que la literatura feminista del más variado crisol insista que la socialización de género es uno de los mecanismos de ordenación que pueden ser observados transversalmente en todas las sociedades, tanto de manera sincrónica como diacrónica.²²

Para comenzar a esbozar las relaciones entre derechos humanos y género, utilizaré el famoso “dilema Wollstonecraft”²³ que, a los efectos del planteamiento que desarrollaré, puede reformularse de la siguiente manera: si las mujeres piden dere-

²¹ En este sentido, pueden distinguirse cuatro niveles de análisis explorados por la perspectiva de género: a) Los símbolos y los mitos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples; b) los conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos y que se expresan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, jurídicas, políticas, etc.; c) Las instituciones y organizaciones sociales de las relaciones de género: el sistema de parentesco, la familia, el mercado de trabajo etc., y d) la construcción de las identidades.

²² Hérítier explica que la relación idéntico-diferente que constituye la piedra angular de la ordenación social por género, es, a su vez, uno de los pilares básicos de los sistemas ideológicos que se articulan a través de categorías de oposición (caliente/frío, seco/húmedo, inferior/superior, claro/oscuro, etc.) y que, a su turno, expresan valores contrastados que están impresos en las tablas clasificatorias de lo masculino y lo femenino.

²³ El referido dilema plantea que para una mujer es imposible conjugar el rol de ciudadana con el rol de madre y que, por tanto, el desempeño en el ámbito público se hace siempre en detrimento de la maternidad.

chos iguales a los hombres no obtienen una inclusión según un principio real de igualdad (universalidad), porque categorías como la ciudadanía o la misma igualdad han sido definidas androcéntricamente. Si piden, en cambio, un estatuto especial en razón de sus diferencias (particularidades), siendo la diferencia en este caso una marca de inferioridad, el resultado tampoco es satisfactorio, porque la norma toma en consideración la situación del grupo hegemónico (los hombres) y considera como excepción la del grupo desventajado.

Como señalé previamente, la construcción de la oposición masculino/femenina ha permanecido, explícita o implícitamente, durante toda la historia de la humanidad. Pero lo que me interesa aquí es rastrear su inserción en la formulación de los derechos fundamentales y para esto sólo basta retrotraerse al inicio del proceso de positivación de estos derechos. De hecho, la cercanía de fechas entre la publicación del texto de Mary Wollstonecraft, "vindicación de los derechos de la mujer" (1792), y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), no es ni casual ni afortunada, como tampoco es casual ni afortunado el título de uno de los documentos fundacionales de la historia jurídica de los derechos humanos.

Por el contrario, la Ilustración es cuna de unos derechos naturales e inalienables que, pese a la retórica sonora, estaban lejos de ser predicados de todo individuo de la especie humana. La igualdad ilustrada, en efecto, va a reemplazar la adjudicación corporativa de derechos propia del Antiguo Régimen por la adjudicación en función del sexo, transformando a este último en un elemento normativo. Cabe preguntarse, entonces: ¿Cómo la proclama, aparentemente emancipadora, de que cada individuo es naturalmente libre e igual a otro ha actuado como estrategia teórico-práctica de sujeción y fundamento del patriarcado moderno? La respuesta a esta pregunta puede encontrarse claramente en los trabajos de los pensadores contractualistas (especialmente Rousseau) que han sido deconstruidos de manera notable, entre otras autoras, por Carole Pateman y Rosa Cobo.

Rosa Cobo,²⁴ comentando los trabajos de Rousseau, señala que, pese a que el ginebrino se autoerigió como el paladín crítico de una razón ilustrada ciega ante los mecanismos ocultos (e ilegítimos) de dominación, no sólo no impugnó la estructura patriarcal, sino, aún más, la reforzó ideológicamente a través del expediente de la naturalización, es decir, la articulación de dos ontologías diferenciadas (la masculina y la femenina) que se encadenan, respectivamente, a otras tres dualidades: dos estados de naturaleza (el estado de pura naturaleza y el estado presocial), dos espacios (el público y el privado) y dos concepciones educativas (Emilio y Sofía).²⁵ Así, la naturaleza y el contrato se consolidaron como dos de los ejes del pensamiento

²⁴ Vid. Cobo, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean-Jacques Rousseau*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

²⁵ Con las teorías de J. Jacques Rousseau se sientan las bases de la educación masculina y se hace de ella un instrumento político. La educación de Sofía se sustentará en la dependencia y en la sumisión a Emilio, ya que la debilidad de las mujeres les impide actuar. La educación de la mujer, por tanto, debe estar relacionada con el hombre. Para agradarnos, para sernos útiles [...]. Estas son obligaciones de las mujeres y lo que se les debe enseñar desde la infancia. En relación con la educación científica, y

desarrollado a partir del siglo XVII y han actuado, de manera esquizoide, ya justificando la libertad de unos, ya la sujeción de otros.

La paradoja antes enunciada es desmenuzada por Pateman, quien explica que en la teoría clásica del contrato social las mujeres no forman parte del contrato originario –porque en rigor no son individuos– pero, sin embargo, no permanecen en el estado de naturaleza, sino que son incorporadas a una esfera que es y no es parte de la sociedad civil: la esfera privada. Dicha esfera es parte de la sociedad civil, pero está separada de la esfera civil. La esfera (natural) privada y de las mujeres y la esfera (civil) pública y masculina se oponen y adquieren su significado en función de la otra, es decir, se definen por oposición. Entonces, lo que significa ser individuo –un hacedor de contratos y cívicamente libre– queda de manifiesto precisamente a través de la sujeción de las mujeres a la esfera privada.²⁶

De esta guisa, la sociedad naciente del pacto social encarnaría un nuevo tipo de patriarcado –el patriarcado moderno– en que el imperio de la ley del *pater* (propia del patriarcado clásico) sólo ha sido sustituido por el pacto fraternal entre los varones. Este patriarcado habría legalizado la diferencia sexual anclándola en la naturaleza y por extensión habría legitimado y contribuido a perpetuar diversas formas de subordinación que subsisten hasta el día de hoy. Entre otras, la división sexual del trabajo; la pulsión por que la mujer preste cuidado y atención al marido que genera, a su vez, la sobrecarga de trabajo cuando éstas ingresan al mercado de trabajo; el implícito derecho a acceso carnal del marido respecto de la mujer que

dada la “debilidad natural” del sexo femenino es totalmente impropio de las mujeres “la investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios y axiomas en las ciencias, todo lo que tiende a generalizar las ideas”. Teniendo en cuenta su futuro destino, estar “sujetas o a un hombre o a los juicios de los hombres (...) desde muy pequeñas deben estar sujetas a voluntades ajenas (...) Desde muy temprano deben aprender a padecer la injusticia y a soportar los agravios de su marido sin quejarse y sólo las pasiones de los hombres pueden mover a la acción. En cuanto a la educación y a la práctica científica femeninas es de exclusión. La investigación de las verdades abstractas y especulativas de los principios y axiomas en las ciencias, todo lo que tiende a generalizar las ideas, no es propio de las mujeres (...) Las obras de ingenio exceden su capacidad, toda vez que no poseen la atención ni el criterio suficientes para dominar las ciencias exactas. (Extractos de la obra de Rousseau “Emilio, o de la Educación” contenidos en Barral M. et al. (editores): *Interacciones ciencia y género. Discursos y prácticas científicas de las mujeres*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, pp. 216-217.

²⁶Carole Pateman ilustra este asunto a propósito del matrimonio. Una de las peculiaridades del contrato de matrimonio tal y como es concebido en el discurso contractualista coincide con que los valores de intercambio son protección por obediencia. La peculiaridad de este intercambio reside en que una de las partes del contrato –la que proporciona protección– tiene derecho a determinar cómo deberá actuar la otra parte para cumplir con su parte del intercambio. Este efecto es el corolario de que en este intercambio sólo una de las partes goce de los atributos del individuo, es decir, sólo una de las partes –el hombre– sea propietaria de su propia persona. La paradoja es evidente: las mujeres son fundamentalmente objetos –propiedad– pero la necesidad de su concurrencia al pacto las transforma en sujetos (individuos) para este único efecto. Dicho de otra manera, el contrato de matrimonio en el marco de la teoría contractualista clásica requiere a la vez que la humanidad de la mujer sea tanto afirmada como negada, porque sólo el postulado de la igualdad original permite legitimar los contratos sociales –incluido el de matrimonio– como engendros de la libertad aun cuando algunos de estos tengan por efecto la sujeción de uno de los contratantes. Vid. Pateman, C., *El contrato sexual*, traducción de María Luisa Femenías revisada por María-Xosé Agra Romero, Universidad Autónoma Metropolitana-Editorial Anthopos, Barcelona, 1995.

determina que la configuración de la violación marital todavía sea un asunto espinoso en muchas legislaciones; la prioridad del varón para ejercer la patria potestad de los hijos; el derecho que confieren algunas legislaciones al marido para administrar y disponer de los bienes conyugales, la diferencia de tratamiento o las restricciones procesales-penales aplicadas a la violencia doméstica y —obviamente— la escasa participación femenina en la esfera de la toma de decisiones políticas.²⁷

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, las correcciones introducidas después en la teoría política del contrato social poco han contribuido a favorecer la emancipación real de la mujer. La razón es simple, en las versiones más recientes de esta narración conjetural del surgimiento de la sociedad política, la diferencia sexual es oscurecida por la exaltación de un individuo racional y abstracto, que en tanto resulta descorporizado deviene en asexuado. Si en la fábula clásica la diferencia de género es, ordinariamente, reconocida, aceptada y justificada por la teoría, en las versiones más recientes, en cambio, la diferencia de género no resulta refutada, sino solamente eclipsada por la abstracción. Sin embargo, el efecto es similar, en un caso, la naturaleza es la fuente bipartita de la libertad y de la sujeción, en el otro, la aparentemente asexuada y aséptica categoría del individuo que, al estar construida sobre la base de códigos androcéntricos, es incapaz de subsumir, explicar y subvertir la experiencia de sujeción femenina.

Mirada desde este ángulo, la teoría rawlsiana del velo de la ignorancia, precisamente por la intencionada ceguera de la posición original, está lejos de poder

²⁷ A guisa de ejemplo, el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de la mujer en las Américas* para el año 1998 contemplaba las siguientes restricciones a la capacidad civil detectadas en las legislaciones de los países de la región: a) Restricciones al ejercicio de profesiones u oficios por parte de mujeres, en cuanto se requiere autorización del marido. En sus respuestas al cuestionario, Bolivia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana informan sobre la vigencia de normas restrictivas; b) Diferenciación entre hombres y mujeres en cuanto a la autorización para contraer matrimonio (Bolivia, Brasil); o para contraer nuevamente matrimonio (México, Costa Rica); c) Desigualdad entre hombres y mujeres para adquirir, administrar y disponer de bienes de la sociedad conyugal. En Argentina, los bienes cuyo origen no se pueda determinar, son administrados por el marido. En Chile, el marido en ciertos casos administra los bienes sociales y los de su mujer. En Brasil, la mujer casada no tiene la misma capacidad que su cónyuge para administrar ciertos bienes. En Ecuador, se presume que, a falta de estipulación en contrario, el marido administra los bienes de la sociedad conyugal. En Guatemala, el marido es el administrador del patrimonio conyugal. En República Dominicana, el marido es el administrador de los bienes conyugales y propios de su mujer; d) Diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a la patria potestad. A modo de ejemplo, en Chile la patria potestad la ejerce el padre y sólo en ausencia de aquél la asume la madre. e) Asimilación de las mujeres con personas menores de edad en el derecho laboral. Por ejemplo, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala; f) Diferencias de tratamiento entre hombres y mujeres en ciertos tipos penales, por ejemplo en el caso del adulterio en El Salvador y Venezuela. Por otro lado, el Informe daba cuenta de la presencia de limitaciones legales que restringen el ejercicio de los derechos de la mujer en relación con la prevención y sanción de la violencia doméstica. En algunos países, por ejemplo, la violencia doméstica es vista como un delito de acción privada, o restringido y entendido como perteneciente al ámbito privado; así ocurre, por ejemplo, en Brasil y Ecuador. En otros casos, la violencia doméstica no es considerada como delito, sino como un problema de salud (Guatemala). Vid. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc.17, de 13 octubre 1998, documento electrónico en línea, formato html, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mujeres98/Mujeres98.htm>, fecha de revisión 31/02/06.

convertirse en una herramienta de libertad.²⁸ El problema reposa, entonces, en que la justificación de que una doctrina es aceptable para todos, es decir, generalizable y, por tanto, justa, implica demostrar que esta salvaguarda los valores constitucionales. Pero a diferencia de lo que sostiene Rawls, en la práctica esta ética pública no es el resultado de un consenso adoptado en la posición original y sobre el cual simplemente se desarrolle el debate posterior en sede política, sino que, por el contrario, los ciudadanos participan en el debate político tomando conciencia de su identidad y de sus intereses precisamente a partir –y, por ende, en apoyo o en oposición– de la objetivación de esta razón pública bosquejada en la Constitución. Todavía más, la democracia vista sólo como procedimiento no permite la vehiculación adecuada de los intereses de los grupos en desventaja, porque vivimos en sociedades en las que se ha canonizado el principio del mérito para la distribución de puestos, cargos, riquezas etc., y este principio se desenvuelve, en la práctica, sobre la base de juicios respecto de rasgos definidos de manera amplia a través de la óptica de los grupos hegemónicos –es decir, estereotipos–, antes que en el resultado de los desempeños o conductas más específicas.

Esta última crítica es desarrollada latamente por Young a propósito de la universalidad en el modelo de Habermas. Según esta autora, dicho paradigma atribuye (idealmente) a todos los ciudadanos igual derecho a participar en el diálogo público por considerar que este “universalismo” se erige sobre la escisión entre lo público y lo privado, y favorece solamente a las elites ignorando las desigualdades existentes fundadas en la clase, la etnia y el género. Al hilo de esta argumentación, Young sentencia que la democratización es menos fructífera si se la concibe como una redistribución del poder²⁹ que si se la concibe como una reorganización de las reglas para la toma de decisiones”.³⁰

²⁸ En este sentido, pueden entenderse las siguientes palabras de Pateman: “Rawls ha sostenido recientemente que el objetivo de discutir desde una posición original, el equivalente rawlsiano del estado de naturaleza, “es obtener la solución deseada”. No obstante, con frecuencia no se reconoce que la “solución deseada” incluye el contrato sexual y el derecho patriarcal de los varones sobre las mujeres”, Pateman, C., *op. cit.*, p. 61. Para mayores antecedentes sobre las implicancias del pensamiento de Rawls sobre este asunto, consúltese, Turégano, I., “La dicotomía público/privada y el liberalismo político de J. Rawls”, en *Revista Doxa*, Nº 24, 2001, pp. 319-347, documento electrónico disponible en formato PDF en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_13.pdf, fecha de revisión 23-03-06.

²⁹ Según Young, el paradigma distributivo tiene dos problemas: Primero, tiende a ignorar el contexto institucional que determina la distribución material al mismo tiempo que, con frecuencia, lo presupone. Por ejemplo, no pone acento en la estructura de toma de decisiones que es determinante en la distribución actual de la riqueza y en la reproducción de pautas de distribución desigual del producto. Segundo, cuando el paradigma se aplica a bienes y recursos no materiales la lógica de la distribución los tergiversa. Esta lógica postula una ontología social atomista que ignora u oculta la importancia de los grupos sociales para la comprensión de las cuestiones de justicia; se olvida que las sociedades no sólo distribuyen bienes entre las personas y que éstas no son lo que son con independencia de dichas sociedades, sino que, por el contrario, las identidades y las capacidades de las personas son, en muchos sentidos, productos de procesos y relaciones sociales.

³⁰ Young, I. M., *op. cit.*, p. 140.

La preocupación de la teoría feminista por las vinculaciones entre la construcción de la subjetividad de la mujer y los modelos de organización del poder se explica porque esta subjetividad *sui generis* de las mujeres que hemos venido comentado se ha incrustado también en la configuración histórica de los diferentes modelos estatales. Esto puede afirmarse incluso respecto del paradigma del Estado emancipador –el Estado de Bienestar– que se ha edificado sobre el binomio proveedor-ama de casa dibujando, en consecuencia, una noción de “independencia” con sesgo eminentemente masculino.³¹

Nancy Fraser explica este fenómeno advirtiendo que las políticas del Estado de Bienestar han considerado a las mujeres primordialmente en su función doméstico-familiar suministrando ayudas en los casos en que no existe un varón que provea de los medios de sustento, mientras que las políticas propiamente masculinas, esto es, cuyos destinatarios son los varones, han estado dirigidas a insertarlos en el mercado de trabajo, como principal fuerza primaria laboral.³² De ahí que en el *Welfare State* el trabajo es, por definición, el trabajo remunerado mientras que el bienestar está dado por las políticas que permiten, impulsan o retraen la desmercantilización del trabajo. Estas políticas, sin embargo, siempre han estado enfocadas a los varones, mientras que las mujeres nunca han conseguido el derecho a la desmercantilización de su trabajo en la misma escala que los hombres, porque nunca han experimentado el mismo grado de vinculación con el mercado que éstos.³³

De esta manera, la transición desde la teoría a la práctica, es decir, el proceso de concreción y especificación política de las nociones de sujeto abstracto y de ciudadanía universal en los modelos históricos del Estado, revela lo que el proyecto moderno esconde, esto es, que la asexualidad de los individuos simplemente es un presupuesto de legitimidad del proyecto, pero está lejos de ser un presupuesto fáctico. Y es aquí donde puede observarse con mayor nitidez el maridaje representación-deformación con que el Derecho recoge y perpetúa la socialización de género y,

³¹Vid. Pateman, C., “El Estado de Bienestar Patriarcal” en *Contextos*, Programa de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica de Perú, año 2, N° 5, Lima, 2000.

³² Esta bifurcación de políticas tiene una lectura particular en el contexto del capitalismo tardío: los clientes de los programas femeninos, virtualmente mujeres y sus hijos, son situados en una moda feminizante y distintiva como los “negativos de los individuos posesivos”, son excluidos en gran medida del mercado en tanto que trabajadores y en tanto que consumidores y son familiarizados, esto es, no demandan beneficios en tanto que individuos, sino en tanto que miembros de hogares “defectuosos” a la par que son estigmatizados, sometidos a una hipervigilancia y acoso del ente administrativo en una suerte de transposición desde el patriarcado privado al público. Cfr. Fraser, N., “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género”, en Benhabid, S. y Cornell, D., *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades del capitalismo tardío*. Edicions Alfons el Magnànim, Generalitat Valenciana, Valencia, 1990, pp. 78 y 79.

³³ Sobre este tema, véase Lewis, Jj., “Estado de bienestar y trabajo de cuidado no remunerado” en De Villota, P. (ed.): *La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 50 y ss.

a la vez —y especialmente en la actualidad— reniega de la misma a través de un cada vez más explícito principio de igualdad de género.³⁴

En este sentido, la regulación jurídica de la familia es especialmente sintomática de esta ambigüedad. Al contrario de la opinión bastante difundida de que el Estado se limita sólo a reconocer y proteger la existencia de la familia como algo “dado”, Nussbaum nos recuerda que todas las asociaciones humanas están modeladas por leyes e instituciones que las favorecen o desfavorecen y que las estructuran de varias maneras.³⁵ Pero la familia está modelada por la ley de una manera aún más profunda y total, en el sentido de que su misma definición es legal y política.³⁶ Así, el Estado define qué grupo de gente constituye una familia y le otorga derechos, privilegios y responsabilidades a sus miembros.³⁷

En el marco de la teoría liberal, la ambigüedad de la posición de la familia es también apreciable. La familia unas veces constituye la línea fronteriza entre la dicotomía público-privada, quedando fuera del terreno de lo político, otras veces se yergue como el propio fundamento de la sociedad política.³⁸ En el primer caso, la

³⁴ Este proceso es especialmente visible en el nivel normativo internacional. Sobre este tema pueden consultarse, García Muñoz, S., “La Progresiva Generalización de la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 2, 2001, documento electrónico, disponible en formato pdf. en <http://www.reei.org/reei2/Munoz.PDF>, fecha de revisión 20/03/2006; y Zúñiga, Y., “El género como nueva categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público (25-27 de noviembre de 2004)*, Editorial Lexis-Nexis, pp. 687-702.

³⁵ En un sentido similar Kymlicka denuncia la falsedad de la afirmación liberal en torno a que los Estados no fomentan o apoyan determinadas identidades etnoculturales. El autor llama “culturas sociales” a un entramado basado en instituciones sociales y un idioma. Según Kymlicka, la participación en esas culturas sociales proporciona acceso a formas significativas de vida a lo largo de toda la gama de actividades humanas, incluida la activa social, recreativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando tanto la esfera pública como privada. Habida cuenta de que los gobiernos no son neutrales respecto del idioma y la cultura —puesto que claramente privilegian el uso de uno o determinados idiomas— no pueden serlo respecto de los distintos grupos etnoculturales que conviven dentro de los diversos estados multinacionales actuales. Vid. Kymlicka, W., “Nacionalismo minoritario dentro de las democracias liberales” en García, S. y Lukes, S. (Comps.), *Ciudadanía, justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1999, pp. 127-157.

³⁶ En efecto —sentencia Nussbaum— “los individuos podrán llamarse “una familia” si así lo desean, pero sólo logran constituir una familia, en el sentido socialmente reconocido, si cumplen las pruebas legales”. Vid. Nussbaum, M.: *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, versión castellana de Robert Vernet, Editorial Herder S.A. Barcelona, 2002, pp. 345 y 346.

³⁷ Como ejemplo de la verdad de esta afirmación, puede citarse un estudio de la OIT sobre *los problemas y progresos observados en la aplicación del principio de igualdad de remuneración*, en que se ha recogido una serie de casos en los cuales mujeres resultaban discriminadas en la percepción de un salario para una función pública, o bien, excluidas de subsidios familiares por estar casadas o por una interpretación sexista dada a la expresión “Jefe de Hogar” que favorecía únicamente a los hombres. Vid. OIT, *Igualdad de Remuneración: Capítulo V: Problemas y progresos observados en la aplicación del principio de igualdad de remuneración*, 1986, en especial, párr. 207.

³⁸ Un ejemplo de esta aproximación puede apreciarse en el esfuerzo de intervención en la familia llevado a cabo por los revolucionarios franceses, en un intento de configuración del nuevo régimen político sobre la base de una remodelación de la estructura familiar que se movió en una especie de

desconexión entre lo privado-doméstico y lo público ha impedido juzgar las relaciones que se dan en el seno de las familias a través de los criterios de justicia e igualdad que impregnan la racionalidad pública. En el otro, la diferencia de roles de la vida familiar se proyecta y permea la estructura política para ser sacralizada en esta. En este último extremo, las erosiones de la familia son consideradas a su turno erosiones de la arquitectura política.

Esto último puede apreciarse a propósito de la penalización del aborto. En efecto, la posición de la mujer en tanto procreadora queda apresada en el esquema dualista con que el Derecho Penal representa y deforma la realidad: se es víctima o se es culpable.³⁹ En este contexto, no es extraño que a la mujer embarazada se la conciba como mera contenedora (del feto) y, a la vez, como responsable penalmente y que el proceso de subjetivación del feto a través del cual se le atribuye a éste el estatuto de “persona” tenga el sentido precisamente de reconstruirlo como víctima potencial de alguien.⁴⁰ A decir de Pitch, este esquema contradice la sacralizada máxima de la separación entre Derecho y moral mostrando cómo la “vida” y su “tutela” son zarandeadas instrumentalmente para traducir elecciones éticas propias en normas jurídicas. Y, además, refuerza la configuración simbólica de las mujeres como sujetos morales incompletos a los que no se les puede reconocer, sin importante riesgo para la sociedad, el control pleno de la reproducción.⁴¹

La ambigüedad de la posición de la familia también se expresa en el tratamiento jurídico de la violencia intrafamiliar como demuestra la reciente experiencia española a propósito del establecimiento de la *ley integral contra la violencia de género*.

tensa coyuntura entre, por un lado, la voluntad de ruptura radical con el orden desigual del Antiguo Régimen expresada en el ámbito familiar, particularmente, a través de la transformación del estatuto de herencia y, por el otro, la defensa del mantenimiento de la estructura de sujeción especialmente en lo relativo a las relaciones del marido y la esposa que se proyectaba a nivel político en la exclusión de las mujeres de los derechos de participación política. Sobre este asunto, consúltese Burguiere, A., “La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code Civil)”, en *Revue Droit et Société*, N° 14, año 1990, pp. 21-36.

³⁹ Tamar Pitch escribe a este respecto que lenguaje y escenografía penal determinan las responsabilidades a atribuir y las responsabilidades a asumir considerando a los sujetos como entidades simples, descontextualizadas, caracterizadas sólo por su capacidad de entender y querer. Cfr. Pitch, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, traducción castellana de Cristina García Pascual, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 80.

⁴⁰ Esto es claramente apreciable en el caso italiano en donde la polémica sobre la legalización o la penalización del aborto ha estado signada por el rol social que se asigna a la maternidad. Tamar Pitch señala, a propósito de esto que, ya sea que se admitiera o no el aborto en la Italia de principios de los 70, se partía de la base que este hecho era una tragedia para la mujer. Aunque la cita es larga merece su reproducción por su cercanía con los argumentos del escaso debate chileno en la materia: “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 vidas potenciales el producto de la concepción. El aborto, para unos y otros, era en cualquier caso un drama, una 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 talvez fatales, bien porque condiciones sociales adversas e injustas constreñían a las mujeres a elecciones trágicas”, *idem*, p. 81.

⁴¹ Cfr., Pitch, T., *op. cit.*, pp. 98 y 99.

Dejaré de lado intencionalmente la polémica relativa a los supuestos de acción positiva que contendría la ley, para centrarme en un asunto aparentemente trivial: la disputa entre el Ejecutivo y la Real Academia Española de la Lengua sobre la utilización de la expresión género. En su informe sobre el proyecto de *Ley Integral contra la Violencia de Género*, la Academia descarta la utilización de la expresión género que tendría un sentido distinto a la expresión sexo. Y plantea que la denominación más correcta para la ley integral es *violencia doméstica*, por ser la expresión más difundida en el ámbito de la península, toda vez que desplaza a otros usos castellanos como *violencia intrafamiliar* que es propio del ámbito latinoamericano. Y adicionalmente argumenta que “de cara a una Ley *integral* la expresión *violencia doméstica*, tan arraigada en el uso por su claridad de referencia, tiene precisamente la ventaja de aludir, entre otras cosas, a los trastornos y consecuencias que esa violencia causa no sólo en la persona de la mujer, sino del hogar en su conjunto, aspecto este último al que esa ley específica quiere atender y subvenir con criterios de transversalidad”.⁴²

Evidentemente la preferencia por la expresión doméstico-a puede explicarse en este caso por un especial celo en el resguardo de la “pureza” de la lengua castellana. Sin embargo, considerando que la elección de las palabras no es baladí en el lenguaje jurídico, resulta útil preguntarse si a efectos del propósito de estas normas es lo mismo hablar, por un lado, de violencia doméstica –o de su equivalente latinoamericano “violencia intrafamiliar”– y, por otro, de violencia de género.

La respuesta a esta pregunta ya está esbozada en el Informe de la Academia antes aludido. No se trata de expresiones equivalentes. Sin embargo, podría suponerse como lo hace el Informe que las razones para preferir una en vez de la otra derivan de la necesidad de certeza jurídica, la que, a su vez, presupone la claridad semántica. Analicemos esto último. Es obvio que el apelativo “doméstico” adquiere su significado a partir del sustantivo “familia”. Por tanto, la claridad de esta palabra depende de la claridad del concepto familia. Creo que es notorio que la expresión familia se ha vuelto polisémica a la luz de la evolución social, tanto que la sociología ya se ha encargado de apellidarla, por ejemplo, de monoparental u homosexual; o el Derecho de ciertos países de hacerla extensiva a hipótesis como las uniones libres. Me parece que este solo hecho le resta claridad, en la especie, al calificativo doméstico/a. Al contrario, la expresión género producto de su progresivo posicionamiento terminológico en el lenguaje jurídico internacional ha ido ganando en claridad semántica.

Pero probablemente, de cara a la *ratio legis* de estas normas, aquello no sea lo más problemático. Los mayores problemas radican en la arquitectura social de esta institución, es decir, en el hecho de que la familia es el continente de una dinámica

⁴² Véase RAE: *Informe de la Real Academia Española sobre la expresión género*, documento electrónico en línea, formato html, disponible en: [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/\(voAnexos\)/arch5DEC0D566ABE48B2C1256EA20041D0DB/\\$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/(voAnexos)/arch5DEC0D566ABE48B2C1256EA20041D0DB/$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm), fecha de revisión 29/05/06.

de relaciones en la que la individualidad de las mujeres tiende a desdibujarse hasta, a menudo, desaparecer. No es casual que cierto sector del feminismo manifieste una particular aversión a la institución familiar y la califique de uno de los mayores entes opresores. La razón de tal recelo estriba en que cuando se analiza a la mujer en el marco de la familia, aquélla deja de ser tratada como un fin en sí mismo para ser concebida como apoyo para los fines de otros. Es decir, la mujer deja de ser un individuo y se transforma en la madre, en la esposa o en la cuidadora. Con ello inmediatamente se desactiva gran parte del potencial emancipador de las leyes que las protegen contra la violencia en esta esfera, porque las creencias compartidas sobre su rol de apéndice y las implícitas afirmaciones de la virtuosidad de dicho rol traen aparejada la restricción formal o material de sus derechos. A efectos de probar esta aseveración, recuérdese que en el caso chileno la hipótesis de violación marital se encuentra notablemente restringida, de lo que se sigue que la libertad sexual en las relaciones familiares está lejos de construirse como una libertad no interferencia (la fórmula clásica de la libertad-liberal) sino más bien bajo la fórmula paradójica de una especie de “libertad-sujeción”. Dicha fisonomía no es más que el corolario de una premisa promovida por los estereotipos de género y que se relaciona con el rol de “reproductora” de la mujer. Esta premisa se recoge en la norma 369 inciso 4 del Código Penal chileno⁴³ antes referida a través de la atribución implícita al marido de una suerte *right* a la “prestación sexual” de la mujer.

Por otra parte, aplicarle el adjetivo de “doméstica” o “intrafamiliar” a la violencia implica situar el ilícito en el perímetro familiar dejando fuera las hipótesis de violencia contra las mujeres que escapan de dicha frontera. Con esto se fortalece el espejismo de que la violencia contra las mujeres se constriñe a las relaciones en la pareja (cualquiera sea la denominación que se le dé a esta) oscureciendo que este fenómeno también cumple sus funciones de control y subordinación en las interacciones paterno-filiales, en los grupos de amigos, en las relaciones laborales, en la publicidad y en los medios de comunicación.⁴⁴ Por último —aunque no menos importante— la expresión violencia de género goza del *plus* semántico-metodológico de connotar que es precisamente la asimetría derivada de la socialización de género, es decir, el binomio género/poder, la variable explicativa fundamental de ese fenómeno. Ni se trata de un ilícito cualquiera que pueda interpretarse simplemente a la luz de la dogmática penal tradicional, ni de hechos aislados que ocurran

⁴³ Este artículo establece, a propósito de la violación, que si el autor es el cónyuge o conviviente de la víctima y si sólo concurre alguna de las circunstancias de los numerandos 2º (privación de sentido o aprovechamiento de la imposibilidad de oponer resistencia) o 3º (abuso de enajenación o trastorno mental de la víctima) del art. 361, “no se dará curso al procedimiento a menos que la pena fuese necesaria atendida la gravedad de la ofensa infligida”. El hecho de que el artículo se sitúe bajo el Título VII “crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, es sintomático de lo que vengo explicando.

⁴⁴ Sobre este tema, Vid. López Díez, P.: “La violencia contra las mujeres en los medios de comunicación” en Informe *Mujer, Violencia y Medios de Comunicación*, RTVE-Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, pp. 21-34.

de manera accidental y que puedan atacarse sobre las bases de una política legislativa convencional.

Y es precisamente esta configuración de la exclusión por género, es decir, la asimetría de los roles, la que no se recoge adecuadamente por la teoría jurídica de los derechos fundamentales. Si bien cada vez que se definen los derechos fundamentales como triunfos ante el poder se evoca su impronta histórica de herramientas de emancipación, no es menos cierto que la esfera de resguardo que suponen estos es concebida casi exclusivamente como un ámbito de autonomía individual. Los intereses colectivos no son otra cosa que un agregado de intereses individuales, ordinariamente contingentes y aglutinados por un común denominador. El inconveniente de esta lectura en lo que se refiere a los fenómenos de exclusión social es que, por definición, estos son el resultado de relaciones intergrupales y no intersubjetivas. Es esta fisonomía del fenómeno la que se sintetiza en la fórmula binaria opresión-dominación popularizada por Young.⁴⁵

Una vez más, el Derecho o, para ser más precisos, la teoría jurídica representa/deforma la realidad. Es esta ecuación entre derechos humanos y derechos individuales la que ha transformado en polémica la rudimentaria positivación de derechos con impronta colectiva.

Como es posible que todavía no se observen nítidamente los efectos perversos coligados a una ontología individualista de los derechos fundamentales, conviene volver la mirada hacia la construcción jurídica del concepto de igualdad y de su correlativo: la discriminación. La igualdad normativa es una categoría relacional que está ineludiblemente ligada al concepto de diferencia; pero tiene, sin embargo, un contenido variable. Amartya Sen lo explica elocuentemente cuando establece que la importancia sustantiva de la pregunta “igualdad ¿de qué?”, deriva del hecho empírico de la ubicua diversidad humana. Las teorías que parten de un supuesto de uniformidad originaria –incluido el supuesto de que “todos los hombres han sido creados iguales”– pasan por alto este aspecto fundamental del problema. La diversidad humana, según Sen, no es una complicación secundaria, que se pueda pasar por alto, o que hay que introducir “más tarde”, sino un aspecto fundamental de nuestro

⁴⁵ Young entiende por opresión procesos institucionales sistemáticos que impiden a alguna gente usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos, o procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar o comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectivas sobre la vida social en contextos donde otras personas puedan escucharlas. Las condiciones sociales de opresión, según Young, a menudo incluyen la privación de bienes materiales o su incorrecta distribución, pero conllevan, sin embargo, cuestiones que van más allá de la mera distribución. Paralelamente la dominación es definida por la autora como la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. De esta manera, las personas están inmersas en un contexto de dominación si otras personas o grupos pueden determinar, sin relación de reciprocidad, las condiciones de sus acciones, sea directamente o en virtud de las consecuencias estructurales de sus acciones. De ahí que para Young la Democracia social y política en su expresión más completa sea el opuesto de la dominación. Cfr. Young, I.: *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 68.

estudio de la igualdad.⁴⁶ La igualdad, en opinión de Sen, se juzga al comparar algunas de las condiciones específicas de una persona (los ingresos, la riqueza, la felicidad, la libertad o las oportunidades, derechos o necesidad de realizarse, etc.) con las mismas condiciones de otra. De esta manera, el juicio y la medida de la igualdad dependen esencialmente de qué variable se elija para establecer las comparaciones. Esto es a lo que Sen llama *la variable focal*. En la versión de este autor, la variable focal es *la capacidad* y a través de esta variable rescata las condiciones estructurales y sociales (heterónomas) que potencian o restringen combinaciones de funcionamientos valiosos, es decir, alternativas que una persona puede hacer o ser.

Este concepto de capacidad podríamos considerarlo, entonces, como una versión evolucionada o “situada” de la clásica noción de igualdad, pero que contiene un *plus* que la transforma en algo cualitativamente distinto. Este *plus* incorpora algo que o no está presente o deviene secundario en las formulaciones liberales de la igualdad, es decir, la variable social, o lo que antes denominábamos el binomio igualdad-diferencia social. Desde luego, la aplicación de uno u otro modelo genera resultados diversos.

Comprobemos esta aseveración a través de un análisis somero del debate sobre las acciones positivas en el plano europeo que ha cuajado en una interesante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de políticas laborales.

Como apunte previo, conviene referirse brevemente al acercamiento teórico a esta cuestión. Una parte de la Doctrina distingue dos conjuntos de medidas de acción positivas: Un primer conjunto al que se encadenarían dos consecuencias coligadas: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o un grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Y un segundo conjunto de medidas que sólo provocarían el primer efecto. Las primeras serían siempre —en realidad y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (por ejemplo, la búsqueda de la igualdad de género)— discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo). En tanto, las segundas no constituirían un trato perjudicial (aunque sea diferente) porque a las ventajas atribuidas a miembros de un colectivo no le corresponden simétricos perjuicios para individuos pertenecientes a otros y que se encuentren similarmente situados. Estas últimas, a diferencia de aquellas, no constituirían una excepción a la igualdad, sino más bien una manifestación cualificada de la misma.⁴⁷

⁴⁶ Cfr. Sen, A.: *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo, revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 8.

⁴⁷ Sobre esta aproximación véase Rey Martínez, F.: “Cuotas electorales reservadas a mujeres y constitución” en *Foro de Debate*, disponible en www.aragob.es/pre/iam/publicac/aequalitas/aequalitas1pdf/cincuentados.pdf, y del mismo autor “La Discriminación Positiva de Mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, N° 47, mayo-agosto 1996, p. 309 y ss.

En el marco de las políticas ligadas a la igualdad de género y siguiendo este criterio, serían legítimas todas aquellas medidas que supusieran un sistema de promoción genérica para las mujeres sin competencia abierta e individualizada con varones. Por ejemplo, campañas de concientización y sensibilización, becas, ayudas, subvenciones, cursos de formación y prestaciones en general reservadas a mujeres. Mientras que serían ilegítimas todas aquellas políticas que comportan el establecimiento de criterios que favorecen a mujeres en supuestos de competencia abierta con individuos de otro sexo. Dentro de esta categoría estarían tanto las cuotas reservadas para el sexo femenino (discriminación inversa *stricto sensu*) como el establecimiento de un criterio de preferencia en favor de las mujeres en supuestos de concurso con varones y existiendo paridad de méritos entre los concursantes (medida de trato preferencial).

Nótese que la tipología comentada presupone una concepción bipartita de la discriminación. En un extremo se situaría el significado amplio de la expresión que equivale a cualquier vulneración del principio general de igualdad y, en el otro, el significado estricto que coincide con cualquier violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.). Ambos significados se encuentran, sin embargo, jerarquizados: el sentido amplio opera como criterio primario o de mayor importancia mientras que el significado estricto es secundario, y uno y otro se corresponden, respectivamente, con una noción de igualdad intragrupal (igualdad o discriminación de individuos que pertenecen al mismo grupo) e intergrupal (igualdad o discriminación de individuos que pertenecen a distintos grupos y con diverso poder social). De ahí que, bajo la apariencia de un tratamiento neutral del problema, lo que se hace es superponer la versión liberal individualista de la igualdad, esto es, la igualdad intragrupal a la igualdad de carácter intergrupal, con lo que, en el supuesto de conflicto entre ambas versiones, esta última habrá de ceder siempre.⁴⁸

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha corroborado esta doctrina en los paradigmáticos asuntos *Kalanke*⁴⁹ y *Marshall*.⁵⁰ En ambos casos se somete a test de legitimidad una medida de trato preferencial (asignación preferente para mujeres de una plaza de trabajo) y en ambos el Tribunal exige como condición de legitimidad de la medida la presencia expresa de una cláusula de apertura. Huelga mencionar que esta clase de medidas se diferencia notablemente de una discriminación inversa *stricto sensu*. La discriminación inversa se aplica en favor de quien “arrastra” una situación de desventaja y contextualmente (en la actualidad) se encuentra en una posición menoscabada. Las medidas de trato preferencial, en cambio, prescinden de indagar el segundo aspecto, porque se diseñan a partir de la

⁴⁸ Cfr. Barrère Unzueta, M^a A.: “Igualdad y ‘discriminación positiva’: Un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en García Inda, A. y Lombardo E. (Coords.): *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, p. 25.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 17 de octubre de 1995, Asunto C-450/93.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-409/95.

paridad de méritos entre los candidatos. Por lo mismo, es altamente cuestionable que las medidas de trato preferencial importen discriminación, porque el criterio de favorecer a quien forma parte del grupo en desventaja se transforma, a los efectos, en un simple criterio de desempate como cualquier otro (edad, antigüedad en el grado, ingresos, cargas, o como lo disponen ciertas leyes electorales, una moneda en caso de paridad de votos, etc.).

En asuntos posteriores, en general, el Tribunal ha admitido la legitimidad de las medidas de trato preferencial sin exigir cláusula de apertura, pero ha mantenido su rechazo a la discriminación inversa refrendando la doctrina que expresara en el caso *Badeck*⁵¹ en la que distingue entre la *igualdad de oportunidades* y la *igualdad de resultados*. Curiosamente, sin embargo, en su sentencia recaída en la cuestión prejudicial sometida a su conocimiento por el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos) a propósito del litigio pendiente ante este último órgano jurisdiccional entre *H. Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*⁵² el Tribunal admite la legitimidad de una medida de discriminación inversa. Se trata en la especie de una normativa establecida por un empleador que reservaba exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador varón únicamente puede disfrutar, si se encuentra en una situación de urgencia cuya apreciación corresponde al empleador. Digo que esto es curioso, porque si se compara el caso *Kalanke* antes referido con el asunto *H. Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, veremos que no hay mayor diferencia entre reservar puestos de trabajo a mujeres y conceder privativamente a los trabajadores de sexo femenino plazas de una guardería. En ambos, la fundamentación de la medida es la misma: se busca atacar los obstáculos estructurales y sociales que impiden a las mujeres acceder en condiciones de igualdad con los hombres al mercado de trabajo. En ambos asuntos existen hombres que tienen la legítima expectativa de acceder a esas plazas y que pueden ostentar similares o superiores “méritos objetivos” que las mujeres beneficiadas. Sin embargo, sólo en el asunto *H. Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, el Tribunal interpretó que el principio de igualdad de oportunidades no atiende exclusivamente a las relaciones bilaterales entre los candidatos, sino que va más allá, es decir, intenta componer un cuadro social de igualdad en la distribución de los recursos económicos y sociales.

Así las cosas, cabe preguntarse por qué la pugna entre ambos intereses –el colectivo y el individual– se resolvió en los pleitos antes comentados de manera diversa. Creo que no es aventurada la conjetura de que esto se explica en gran medida por la pulsión que ejerce en la mente de los operadores jurídicos la posición protagónica que en la tradición liberal-individualista tiene la igualdad intragrupal en desmedro de la igualdad intergrupal, conforme ya he explicado

⁵¹ Sentencia recaída de 28 de marzo de 2000.

⁵² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Sentencia de 19 de marzo de 2002, recaída en el asunto C-476/99.

previamente. Tampoco me parece osado sugerir como elemento complementario que el resultado examinado se relaciona con un análisis de costo/beneficio engarzado a una lectura determinada del principio de proporcionalidad. Sospecho, entonces, que el razonamiento es el siguiente: el favorecimiento del acceso de las mujeres al mercado de trabajo por la vía de una reserva de plazas de guardería no implica un “daño” significativo, puesto que deja prácticamente inalterada la distribución de roles sociales en materia de cuidado de los hijos y con ello no representa una lesión que en potencia gravite sobre muchos varones ya que, en general, éstos no asumen personalmente el cuidado de los hijos menores. Mientras que una medida que plantea la intervención directa en la distribución de los roles sociales, a través del aseguramiento a mujeres de puestos de trabajo, tendría un efecto pluriofensivo mayor, toda vez que es de esperar una repercusión negativa sobre un número superior de varones al alterar la asignación de un recurso (trabajo) que es demandado de manera importante por éstos. Hasta aquí puede pensarse que la diferente cuantía del “daño” potencial justifica un tratamiento diverso de ambos casos con arreglo al principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta lectura se desvirtúa si se tiene presente que en el caso *Kalanke* el perjuicio al interés individual se minimizaba de manera considerable, puesto que para asignar preferentemente las plazas disputadas a las candidatas, se requería que éstas tuvieran los mismos méritos que los candidatos. Parece ser, al contrario, que del cotejo de ambas sentencias fluye que la igualdad de oportunidades está constreñida por un examen costo-beneficio que difícilmente puede siquiera amenazar con subvertir las estructuras vigentes. Así concebida esta idea, entonces, tendría mucho de fundamentalista y poco de revolucionaria.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque es posible referirse a otras manifestaciones concretas del problema esbozado en las secciones precedentes, creo que a estas alturas se puede adelantar una conclusión general que, pese a su enunciación perturbadora, me parece que está lejos de ser temeraria. La universalidad de los derechos fundamentales está condenada a ser un proyecto eternamente prometido en la medida que el test de su legitimidad se entienda satisfecho con la simple formalidad de un lenguaje jurídico inclusivo que, sin embargo, esconde y vehicula construcciones adversariales que generan la exclusión simbólica, política y jurídica de quienes resulten situados en el extremo más débil de dichas relaciones. Es por esto que la concreción de la universalidad de los derechos humanos y de sus categorías asociadas (igualdad, libertad, justicia, etc.) dependen de la comprensión previa de los mecanismos sociales a través de los cuales la diferencia se metamorfosea en exclusión y, complementariamente, de la articulación de mecanismos jurídicos que recojan los particularismos o diferencias generando resultados de inclusión (igualdad). Esto implica, desde luego, entender los vínculos entre Derecho y Sociedad en un sentido bidireccional. Y sólo en este momento la

representación/deformación de naturaleza cartográfica que realiza el Derecho a partir de la realidad podrá devenir en emancipación efectiva.

IV. BIBLIOGRAFÍA

IV.1. Libros y Revistas

- BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARRAL M. *et al.* (editores), *Interacciones ciencia y género. Discursos y prácticas científicas de las mujeres*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a A., "Igualdad y 'discriminación positiva': Un esbozo de análisis teórico-conceptual", en García Inda, A. y Lombardo E. (Coords.): *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores S.A., Zaragoza, 2002.
- BIRGIN, H., "Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente al particularismo", en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.
- BURGUIERE, A., "La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code Civil)", en *Revue Droit et Société*, N° 14, año 1990, pp. 21-36.
- COBO, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.
- DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2000.
- DE SOUSA SANTOS, B.:
- "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception pos-moderne du Droit", en *Droit et Société*, N° 10, 1988, pp. 369-405, disponible en línea en <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds010/ds010-02.htm>, formato PDF, fecha de revisión 10/03/06.
 - "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de Colombia, N° 31, mayo-agosto de 1997.
- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Colección Ensayo, Madrid, 1994.
- FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 16, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, tercera edición, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- FRASER, N., "¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género", en Benhabid, S. y Cornell, D., *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades del capitalismo tardío*. Edicions Alfons el Magnànim, Generalitat Valenciana, Valencia, 1990, pp. 49-88.
- FRIEDMAN, J., *Empowerment: The Politics of Alternative Development*, Blackwell, Cambridge, Mass, 1992.
- GARCÍA MUÑOZ, S., "La Progresiva Generización de la Protección Internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 2, 2001, documento electrónico, disponible en formato pdf. en <http://www.reei.org/reeci2/Munoz>. PDF, fecha de revisión 20/03/2006.

- GOUVEIA, V. V., *La naturaleza de los valores descriptores del individualismo y del colectivismo: una comparación intra e intercultural*, Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Psicología, Departamento de Psicología Social.
- HÉRITIER, F., *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, traducción castellana de Vicente Villacampa, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
- HOFSTEDE, G., *Culturas y organizaciones. El Software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia*. Versión de Escola Universitària de Turisme (ESMA), Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- INGLEHART, R., *Modernización y posmodernización. El cambio cultural, económico y político en 43 sociedades*. CIS-Siglo XXI Editores, Madrid, 1998.
- KYMLICKA, W., "Nacionalismo minoritario dentro de las democracias liberales", en García, S. y Lukes, S. (Comps.), *Ciudadanía, justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1999, pp. 127-157.
- LACLAU, E., "Poder y representación", artículo publicado originalmente en Poster, Mark (ed.) *Politics, Theory and Contemporary Culture*, Columbia University Press, New York, 1993, disponible en documento electrónico, formato pdf en <http://www.insumisos.com/Articulos/Poder%20y%20representaci%C3%B3n.pdf>, fecha de revisión 26/03/06.
- LEWIS, J., "Estado de bienestar y trabajo de cuidado no remunerado", en De Villota, P. (Ed.): *La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel, Barcelona 2000.
- MARTÍNEZ ROMAN, M^a A., "Género, pobreza y exclusión social: diferentes conceptualizaciones y políticas públicas", en Tortosa, J. M^a: *Pobreza y perspectiva de género*, Ed. Icaria, Barcelona, 2001, pp. 65-83.
- NINO, C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1999.
- NUSSBAUM, M., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, versión castellana de Robert Vernet, Editorial Herder S.A., Barcelona, 2002.
- PATEMAN, C.:
- *El contrato sexual*, Traducción de María Luisa Femenías revisada por María-Xosé Agra Romero, Universidad Autónoma Metropolitana-Editorial Anthropos, Barcelona 1995.
 - "El Estado de Bienestar Patriarcal", en *Contextos*, Programa de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Año 2, Nº 5, Lima, 2000.
- PECES-BARBA, G., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Cuadernos y debates, Nº 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- RAE, *Informe de la Real Academia Española sobre la expresión género*, documento electrónico en línea, formato html, disponible en: [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/\(voAnexos\)/arch5DEC0D566ABE48B2C1256EA20041D0DB/\\$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/(voAnexos)/arch5DEC0D566ABE48B2C1256EA20041D0DB/$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm), fecha de revisión 29/05/06.
- REY MARTÍNEZ, F.:
- "Cuotas electorales reservadas a mujeres y constitución", en *Foro de Debate*, disponible en www.aragob.es/preiam/publicac/aequalitas/aequalitas1pdf/cincuentados.pdf.
 - "La Discriminación Positiva de Mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalenke)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, Nº 47, mayo-agosto 1996, p. 130 y siguientes.

- SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo, Revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- STACKI, S. / MONKMAN, K., "Change through Empowerment Processes: women's stories from South Asia and Latin American", en *Compare*, Vol. 33, N° 2, 2003, pp. 173-189.
- TURÉGANO, I., "La dicotomía público/privada y el liberalismo político de J. Rawls", en *Revista Doxa*, N° 24, 2001, pp. 319-347, documento electrónico disponible en formato PDF en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_13.pdf, fecha de revisión 23-03-06.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Valencia, 2000.
- ZÚÑIGA, Y., "El género como nueva categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público (25-27 de noviembre de 2004)*, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pp. 687-702.
- PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, traducción castellana de Cristina García Pascual, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

IV.2. Jurisprudencia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- *Sentencia recaída en el caso Kalanke*, de 17 de octubre de 1995 Asunto C-450/93.
- *Sentencia recaída en el caso Marshall*, de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-409/95.
- *Sentencia recaída en el asunto Badeck*, de 28 de marzo de 2000.
- *Sentencia recaída en el asunto H. Lommers y Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99.